Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

PRÉCIS

DE

DROIT CIVIL

TOME II

12,830. — BORDEAUX. IMPRIMERIE Ve CADORET, RUE MONTMÉJAN, 17.

PRÉCIS

DE

DROIT CIVIL

CONTENANT

dans une première partie

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES

et dans une deuxième

LES QUESTIONS DE DÉTAIL ET LES CONTROVERSES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE

DOYEN ET PROFESSEUR DE DROIT CIVIL

à la Faculté de Droit de Bordeaux

TOME DEUXIÈME

contenant les matières exigées pour le deuxième examen de la licence en droit.

TROISIÈME ÉDITION

Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Editeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

AVIS

Cet ouvrage est disposé pour recevoir plusieurs lectures successives. La première peut comprendre exclusivement la partie imprimée en gros caractères; les autres la totalité de l'ouvrage, avec faculté d'en exclure les numéros et alinéas marqués d'un astérisque, qui ont été principalement écrits en vue des aspirants au grade de docteur en droit. Voir l'introduction du tome I pour les détails.

KJV
450
.B382
1888
v.2

LIVRE TROISIÈME

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

---

1. On sait que le code civil est divisé en trois livres. Nous avons étudié les deux premiers qui sont consacrés l'un aux personnes, l'autre aux biens. Le troisième, auquel nous arrivons, envisage les personnes dans leurs rapports avec les biens. Il est intitulé : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété.* Le législateur ne traite pas seulement ici, comme pourrait le faire croire cette rubrique, des diverses manières d'acquérir la propriété ; il s'occupe en outre des modes d'acquisition des droits réels autres que la propriété, tels que l'usufruit, l'usage, les servitudes, et des modes d'acquisition des droits personnels. On aurait donné une idée plus exacte du contenu de ce livre en l'intitulant : *Des différentes manières d'acquérir.* Il est divisé en vingt titres, précédés d'un titre préliminaire, contenant des dispositions générales, à l'étude duquel nous allons tout d'abord nous livrer.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

2. Le législateur nous donne ici une table des matières comprises dans le livre III. De plus, une disposition spéciale, qui aurait peut-être été mieux placée ailleurs, règle l'acquisition du trésor (art. 716).

3. Enumération des divers modes d'acquérir la propriété. — Aux termes de l'art. 711 : « *La propriété s'acquiert et se transmet* » *par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet* » *des obligations* ». Et l'art. 712 ajoute : « *La propriété s'acquiert aussi* » *par accession ou incorporation, et par prescription* ».

Ces deux textes nous indiquent six modes d'acquérir.

I° *La succession,* qui fait passer les biens d'une personne décédée à l'héritier désigné par la loi. Le vide que la mort a créé se trouve ainsi comblé par la prévoyance du législateur. Le titre I est consacré à cette importante matière.

II° *La donation entre vifs,* ainsi appelée parce que *vivens viventi donat.* Celui qui fait une donation entre vifs se dépouille actuellement et irrévocablement.

III° *La donation testamentaire,* par laquelle on dispose pour après sa mort, de sorte que c'est en quelque sorte un mort qui donne à un vivant. Le législateur traite des donations entre vifs et des donations testamentaires dans un même titre, le titre II.

IV° *La convention ou contrat.* Ainsi la vente transfère à l'acheteur la propriété de la chose vendue, qui auparavant appartenait au vendeur. Le seul consentement des parties, indépendamment de toute tradition, suffit en principe à opérer ce résultat. C'est à ce mode d'acquérir que l'art. 711 fait allusion par ces mots : « l'effet des obligations », et on verra sous l'art. 1138 que cette formule n'est pas aussi inexacte que certains auteurs ont bien voulu le dire.

Notre législateur traite des contrats en général dans le titre III, et des divers contrats en particulier dans les titres V à XIV, qui, dans une classification bien ordonnée, auraient dû former autant de chapitres du titre III.

V° *L'accession* ou *incorporation.* Voyez à ce sujet tome I, n. n. 1266 et s.

VI° *La prescription,* à laquelle est consacré le titre XX et dernier du livre III.

Ici se termine l'énumération légale des divers modes d'acquérir. Il y a lieu d'ajouter :

VII° *La tradition.* C'est elle qui transfère ordinairement la propriété dans les cas assez nombreux où la convention ne peut pas produire ce résultat. Ainsi je vous vends dix hectolitres de froment à prendre dans un tas de cent hectolitres qui m'appartient. Il est impossible que vous deveniez propriétaire immédiatement, la chose vendue n'étant pas déterminée. Vous le deviendrez, lorsque je vous aurai livré le blé vendu, après l'avoir mesuré.

VIII° *La loi.* Ainsi c'est en vertu de la loi que les père et mère acquièrent l'usufruit légal de l'art. 384. On peut encore rattacher à cette cause l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (art. 549 et 550), et aussi les hypothèses prévues par les art. 138, 539, 563, 713.

IX° *L'occupation.* L'occupation (de *occupare,* s'emparer) est la prise de possession d'une chose avec l'intention d'en devenir propriétaire. Les choses, dont on peut dans notre droit acquérir en tout ou en partie la propriété par l'occupation, sont : 1° les *res communes ;* 2° les *res nullius ;* 3° les *res derelictæ ;* 4° le trésor et certaines épaves.

4. 1° Les *res communes.* On désigne sous ce nom des choses qui, par

leur fécondité inépuisable, peuvent se prêter à un usage constamment renouvelé, et dont la jouissance est commune à tous les hommes, telles que l'air, la haute mer, l'eau courante. Par leur nature même, ces choses ne sont pas susceptibles de propriété exclusive; mais on conçoit que les particuliers puissent s'en approprier quelques fractions par l'occupation. Ainsi je deviens propriétaire de l'eau de mer ou de rivière que j'ai puisée dans un récipient, à tel point que, comme le dit Pothier, celui qui s'en emparerait à mon préjudice commettrait un vol. C'est aux *res communes* que l'art. 714 fait allusion, lorsqu'il dit : « *Il est des* » *choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à* » *tous. — Des lois de police règlent la manière d'en jouir* ». Ces lois appartiennent au droit administratif.

5. 2° Les *res nullius*. On désignait en droit romain et on désigne encore aujourd'hui sous ce nom, les choses qui, bien que susceptibles de propriété exclusive, n'ont pas cependant de propriétaire tant qu'elles n'ont pas été acquises par l'occupation. Tels sont notamment les coquillages qu'on trouve sur le bord de la mer, le gibier et les poissons de la mer et des eaux courantes.

* Au premier abord, il semble résulter des art. 539 et 713 qu'il n'existe plus dans notre droit actuel de *res nullius*. Ces articles en effet attribuent à l'Etat la propriété des biens qui n'ont pas d'autre maître. Nous connaissons déjà la disposition du premier (t. 1, n. 1257); le second est ainsi conçu : « *Les biens qui n'ont pas de maître, appartiennent à l'Etat* ».

* Tel est bien le sentiment de quelques auteurs, qui ne nient pas cependant pour cela l'application de l'occupation aux choses que les Romains appelaient *res nullius*. En effet, disent-ils, tout en déclarant l'Etat propriétaire de ces choses, la loi autorise les particuliers à en acquérir la propriété à son préjudice par l'occupation, comme il arrive notamment pour le gibier et le poisson. — Mais, sans parler du côté plaisant d'une théorie qui considère l'Etat comme propriétaire du lièvre qui court dans les champs, on peut remarquer que, si cette théorie était fondée, elle conduirait à décider que l'occupation ne peut faire acquérir la propriété que dans les cas où une disposition législative consacre formellement ce mode d'acquisition; car il va de soi que l'Etat, pas plus qu'un particulier, ne peut être exproprié de ce qui lui appartient, sans qu'une loi l'autorise. On arriverait ainsi à proscrire l'occupation comme mode d'acquisition dans un certain nombre de cas où tout le monde l'admet cependant, par exemple pour les *res derelictæ* dont il va être parlé tout à l'heure. Il est bien plus rationnel et plus juridique tout à la fois de dire, avec la majorité des auteurs, que les art. 539 et 713 n'ont été écrits qu'en vue des immeubles et des universalités mobilières (successions en déshérence). Ils ne devraient donc pas recevoir leur application en ce qui concerne les meubles considérés comme objets particuliers (*singulæ res*). Telle paraît bien avoir été la pensée du législateur, si l'on en juge par les explications qui ont été données lors de la confection de la loi.

6. En ce qui concerne la chasse, qui nous fait acquérir la propriété du gibier, et la pêche, par laquelle on acquiert celle du poisson, l'art. 715 dit : « *La faculté de chasser ou de pêcher est également réglée par des lois particulières* ». Nous n'en dirons que quelques mots.

7. A. *De la chasse.* — Le chasseur acquiert par l'occupation la propriété du gibier dont il s'empare. On désigne sous le nom de *gibier* les animaux sauvages, qui vivent dans leur état de liberté naturelle, *in laxitate naturali.* La chasse est aujourd'hui régie par la loi du 3 mai 1844. Aux termes de l'art. 1 de cette loi : « Nul ne pourra chasser, sauf les exceptions ci-après, si la chasse n'est pas ouverte, et s'il ne lui a pas été délivré un permis de chasse par l'autorité compétente. — Nul n'aura la faculté de chasser sur la propriété d'autrui sans le consentement du propriétaire ou de ses ayant droit ». La disposition finale de ce texte n'empêche pas le chasseur de devenir propriétaire du gibier, dont il s'est emparé en chassant sur le terrain d'autrui sans autorisation ; car ce gibier n'appartient pas au propriétaire dont le droit de propriété a été violé : aujourd'hui chez lui, il pouvait être demain chez le voisin. Le fait d'avoir chassé sur le terrain d'autrui sans autorisation serait seulement susceptible de donner lieu à des dommages et intérêts au profit du propriétaire, à titre de réparation du dégât causé par le chasseur, sans préjudice des peines portées par l'art. 11 de la loi précitée.

A quel moment le chasseur devient-il propriétaire du gibier ? Suffit-il qu'il l'ait blessé, ou faut-il qu'il s'en soit emparé ? On discutait cette question en droit romain, et on la discute encore aujourd'hui. La solution ne résulte-t-elle pas cependant de la notion même de l'occupation, qui est le titre d'acquisition du chasseur ? L'occupation est une prise de possession ; or peut-on dire que le chasseur a pris possession du gibier, quand il l'a seulement blessé ? Il n'en est donc pas encore propriétaire. C'est en ce sens que la question est résolue par les Institutes de Justinien (§ 13, *De rerum divisione,* II, 1), qui en donnent cette excellente raison : *quia multa accidere solent ut eam non capias.* Tous les chasseurs savent par expérience combien cette observation est exacte. A plus forte raison le chasseur n'est-il pas propriétaire du gibier, qu'il n'a pas blessé et que poursuivent ses chiens. Dans tous les cas, il faut qu'il se soit emparé du gibier. V. cependant tribunal de paix de Bourdan, 22 février 1883, Sir., 86. 2. 48. Et toutefois le chasseur doit être considéré comme ayant pris possession du gibier, lorsqu'il l'a mortellement blessé, de manière qu'il soit désormais certain que le gibier ne peut pas lui échapper ; il n'est pas nécessaire qu'il ait précisément mis la main dessus. Si donc un autre s'en emparait avant lui dans de semblables conditions, il commettrait un vol.

8. B. *De la pêche.* — Il y a lieu de distinguer la pêche maritime, la pêche fluviale et la pêche dans des eaux qui sont exclusivement propriété privée.

a. La pêche maritime est celle qui s'exerce dans la mer, et dans les fleuves et les rivières qui s'y jettent, jusqu'aux limites de l'inscription maritime. Le droit de pêche maritime appartient à tous, à la condition de se conformer aux lois et règlements qui en gouvernent l'exercice.

b. La pêche fluviale est réglementée par la loi du 15 avril 1829, qui a été modifiée sur plusieurs points par des dispositions législatives postérieures, et notamment par les lois des 6 juin 1840 et 31 mai 1865.

Le droit de pêche appartient à l'Etat dans presque toutes les eaux qui sont une dépendance du domaine public (loi du 15 avril 1829, art. 1). Il ne peut être exercé que par les adjudicataires du droit de pêche ou par ceux qui ont obtenu une licence (art. 10), sauf toutefois la faculté pour toute personne de pêcher dans lesdites eaux, le temps du frai excepté, à la ligne flottante et tenue à la main (art. 5 al. 3).

Dans les cours d'eaux qui ne sont pas une dépendance du domaine public, le droit de pêche appartient aux riverains, qui peuvent l'exercer, chacun de son côté, jusqu'au milieu du cours d'eau (loi du 15 avril 1829, art. 2). Aucun autre n'a le droit d'y pêcher, même à la ligne flottante et tenue à la main.

Il résulte de l'art. 5 de la loi précitée que celui qui pêche sans la permission de la personne à qui le droit de pêche appartient, est tenu de restituer le « *prix*

du poisson... péché en délit ». De là M. Laurent induit que le pêcheur n'acquiert pas la propriété du poisson pêché en délit (t. VIII, p. 581). L'induction contraire nous semble beaucoup mieux fondée. Si le pêcheur ne devenait pas propriétaire du poisson, c'est le poisson lui-même que la loi l'obligerait à restituer ; or elle lui permet de le garder et d'en restituer seulement le prix ; c'est dire qu'il en devient propriétaire. Cette solution d'ailleurs est conforme aux principes. Le poisson, qui vit dans les cours d'eaux dont il s'agit, est *res nullius*, et doit à ce titre appartenir au premier occupant, quel qu'il soit. Il y a lieu seulement à une indemnité au profit du riverain dont le droit a été usurpé. La loi la tarife à une somme égale au prix du poisson pêché en délit.

c. Le droit de pêche dans des eaux qui sont la propriété exclusive d'un particulier, telles que les eaux d'un étang, n'appartient qu'au propriétaire de ces eaux. Celui-ci doit même être considéré le plus souvent comme propriétaire du poisson qui y vit, à tel point que celui qui pêcherait à son préjudice pourrait être considéré comme coupable de vol.

9. 3° Les *res derelictæ*. On désigne sous ce nom les choses que le propriétaire a abandonnées parce qu'il n'en voulait plus. Quand les *res derelictæ* sont mobilières, elles deviennent la propriété du premier occupant. L'industrie des chiffonniers vit de ce principe.

10. 4° Le *trésor* et certaines *épaves*. En tant qu'elle s'applique au trésor et aux épaves, l'occupation prend le nom d'*invention, inventio* (de *invenire, inventum*). Nous parlerons successivement du trésor et des épaves.

1. *Du trésor.*

11. Définition. — Nous avons une définition légale du trésor ; elle est contenue dans l'art. 716 al. 2, ainsi conçu : « *Le trésor est toute* » *chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa pro-* » *priété, et qui est découverte par le pur effet du hasard* ». La loi 31, § 1, D., *De adq. rer. dom.*, XLI, 1, donne du trésor une définition qui diffère sensiblement de celle du code civil : *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Il importe de mettre ces deux définitions en regard, car elles se complètent et se corrigent réciproquement.

Notre loi exige trois conditions pour qu'il y ait trésor.

Première condition. — Il faut qu'il s'agisse d'une chose *cachée* ou *enfouie*. Les mots *cachée* ou *enfouie* supposent le fait de l'homme, qui place une chose en un lieu où il suppose que personne ne la découvrira.

Donc on ne saurait considérer comme un trésor ces pierres tombées du ciel, que l'on appelle *aérolithes*. L'aérolithe est *res nullius*, et appartient à ce titre au premier occupant.

Donc encore une mine de métal précieux, trouvée par hasard dans le sein de la terre, n'est pas un trésor. La mine est une partie du sol qui la recèle, et appartient à ce titre au propriétaire du sol (voy. t. I. n. 1281).

La plupart du temps, c'est dans le sol, ou dans le mur d'une maison, dans un immeuble par conséquent, que se trouvera cachée ou enfouie la chose qui constitue

un trésor. Mais cette condition n'est pas nécessaire pour qu'il y ait trésor. La loi dit : « toute chose cachée ou enfouie »; elle n'ajoute pas : *dans un immeuble.* Une chose cachée dans un meuble, par exemple dans un tronc d'arbre gisant sur le sol, pourrait donc constituer un trésor, si les autres conditions dont il va être parlé se trouvaient réunies. Il importe peu que l'art. 716 al. 1, qui règle l'attribution du trésor, ne fasse allusion qu'à l'hypothèse où il est trouvé *dans un fonds,* par conséquent dans un immeuble. Ici comme ailleurs, *lex statuit de eo quod plerumque fit.*

Une chose ne peut constituer un trésor qu'autant qu'elle est *précieuse.* La définition romaine indique cette condition par le mot *pecuniæ,* qui désigne l'argent et toutes les choses précieuses; et notre code civil a pu se borner à la sous-entendre, car elle paraît contenue dans l'expression même de *trésor.* Il a donc été jugé avec raison qu'une pierre tumulaire n'était pas un trésor.

La loi romaine exigeait en outre que le dépôt fût d'origine ancienne : VETUS *depositio pecuniæ.* Cette condition n'étant pas reproduite par l'art. 716, on ne saurait l'exiger. Il est donc difficile d'approuver une décision de la cour de Bordeaux, qui a refusé de reconnaître le caractère de trésor à des pièces de monnaie, trouvées par hasard et sur lesquelles personne ne justifiait son droit de propriété, parce que ces pièces étaient d'effigie récente et par conséquent cachées depuis peu. Mais en fait il sera fort rare qu'un dépôt d'origine récente puisse être considéré comme un trésor, parce que presque toujours, en pareil cas, le propriétaire se présentera et fera reconnaître ses droits. Cela nous conduit à parler de la deuxième condition.

DEUXIÈME CONDITION. — La loi l'indique par ces mots : « sur laquelle » personne ne peut justifier sa propriété ». Une chose cachée ou enfouie ne constituera donc pas un trésor, si le propriétaire se présente et la réclame. Celui qui cache une chose précieuse se propose pour but de la conserver plus sûrement; loin de renoncer à son droit de propriété sur elle, il l'affirme au contraire très énergiquement. Si le hasard trahit son secret, il pourra revendiquer son bien en prouvant son droit.

* Pendant combien de temps pourra-t-il exercer cette réclamation? Contre l'inventeur, le propriétaire pourra agir pendant trente ans à compter de la découverte (arg. art. 2262). La prescription du droit commun doit recevoir ici son application, à défaut d'une disposition législative qui y déroge. L'inventeur ne saurait opposer au propriétaire revendiquant la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279 al. 1); car elle ne peut être invoquée, comme on le verra, que par les possesseurs qui ont juste titre et bonne foi; or, à supposer que l'inventeur ait un juste titre, ce qui est très contestable, il n'a certainement pas la bonne foi. Il a su ou dû savoir que la chose par lui découverte avait un propriétaire, et que ce propriétaire avait le droit de la réclamer en justifiant de son droit de propriété. Mais celui qui aurait acquis la chose de l'inventeur ou de ses ayant cause, croyant qu'elle leur appartenait, aurait juste titre et bonne foi, et pourrait opposer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* au propriétaire revendiquant, sans que celui-ci pût se prévaloir de l'alinéa 2 de l'art. 2279; en effet le trésor n'est ni une chose perdue ni une chose volée.

TROISIÈME CONDITION. — La chose doit avoir été « découverte par le » pur effet du hasard », dit l'art. 716 *in fine.* On remarquera que cette condition ne figure pas dans la définition romaine, et la vérité est qu'elle est de trop. Cette circonstance que la chose n'a pas été découverte *fortuito casu,* mais *data ad hoc opera,* empêche seulement celui

qui l'a trouvée de pouvoir réclamer une portion du trésor; mais elle n'empêche pas que cette chose soit un trésor. En d'autres termes, l'absence de la condition dont il s'agit influe sur l'attribution du trésor, nullement sur sa nature juridique.

12. Attribution du trésor. — Notre loi attribue le trésor, moitié à l'*inventeur,* c'est-à-dire à celui qui l'a trouvé (de *invenire, inventum*), moitié au propriétaire du fonds dans lequel il est découvert; d'où il résulte que celui qui trouve un trésor sur son propre fonds l'acquiert en totalité, puisqu'il cumule la qualité d'inventeur et celle de propriétaire. C'est ce que dit l'art. 716 al. 1, ainsi conçu : « *La propriété d'un* » *trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds : si le* » *trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à* » *celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du* » *fonds* ».

Doit être considéré comme inventeur celui qui a *découvert* le trésor (art. 716), c'est-à-dire celui qui l'a mis à nu, celui qui le premier l'a rendu visible en fouillant, alors même qu'un autre l'aurait vu ou s'en serait emparé avant lui. L'*invention,* du moins en ce qui concerne le trésor, diffère donc de l'*occupation,* qui ne se réalise que par la prise de possession.

Rationnellement le trésor aurait dû être attribué pour la totalité à l'inventeur. En effet le trésor a bien un propriétaire; mais ce propriétaire est inconnu, et c'est par conséquent comme s'il n'en avait pas; on devait donc l'assimiler à une *res nullius,* et l'attribuer à ce titre au premier occupant, ou mieux à l'inventeur. Il est difficile de donner de bonnes raisons pour justifier le partage par moitié entre le propriétaire et l'inventeur, qu'a établi l'art. 716, suivant en cela les traditions du droit romain dans son dernier état et de nos anciens pays de droit écrit. On dit que la chose précieuse qui constitue le trésor a probablement été cachée par les ancêtres de celui auquel le fonds appartient au moment de la découverte du trésor, qu'il est donc juste de lui en attribuer au moins une partie. Mais cette explication, qui pouvait être bonne à une époque où les immeubles restaient presque indéfiniment dans les familles et ne se transmettaient guère que par voie de succession, n'a plus aucune valeur aujourd'hui que les immeubles changent fréquemment de propriétaires par suite d'aliénations. On a dit encore, et cette explication est un peu plus satisfaisante, que le trésor est naturellement destiné à être découvert par le propriétaire du fonds où il est caché, et qu'il a pu paraître juste à ce titre de lui en attribuer au moins une partie, quand un autre le découvre et lui ravit ainsi une bonne fortune qui semblait devoir s'offrir à lui. Quoi qu'il en soit, *statuit lex.*

13. Un propriétaire emploie un ouvrier pour creuser un puits ou pour démolir une maison ; en accomplissant ce travail, l'ouvrier découvre un trésor. Il aura droit à la moitié attribuée à l'inventeur. Inutilement le propriétaire dirait-il : « L'ouvrier travaillait pour mon compte, il était mon mandataire, il me représentait; par conséquent c'est moi qui dois être considéré comme inventeur ». L'ouvrier qu'un propriétaire emploie pour un certain travail, est bien son mandataire pour ce travail, et le propriétaire peut dire, se personnifiant dans son ouvrier : C'est moi qui accomplis ce travail. Mais cet ouvrier n'est pas son mandataire pour trouver un trésor, parce que le mandat ne comprend que ce qu'il a été dans l'intention des parties d'y faire entrer ; or vraisemblablement elles n'ont point songé au trésor.

Autre serait le cas d'un propriétaire qui aurait fait exécuter des travaux par des ouvriers, précisément dans le but de découvrir un trésor dont il soupçonnait l'existence. Ici les ouvriers seraient ses mandataires à l'effet de découvrir le trésor; et, conformément à la règle *Qui mandat ipse fecisse videtur,* le propriétaire pourrait dire qu'il est l'inventeur de ce que les ouvriers ont trouvé, et réclamer la totalité du trésor. Mais, pour qu'il pût élever cette prétention, il ne suffirait pas qu'il affirmât avoir fait travailler les ouvriers dans le but de rechercher un trésor, il faudrait qu'il le prouvât. Pour se procurer cette preuve, le cas échéant, le propriétaire agira prudemment en faisant une déclaration devant témoins, ou mieux en déposant chez un notaire, avant de commencer les travaux, un pli cacheté dans lequel il indiquera ses intentions.

Plusieurs ouvriers sont employés pour un même travail; l'un d'entre eux découvre un trésor. Lui seul aura droit à la part attribuée à l'inventeur; les autres ne pourraient élever sur elle aucune prétention. Cette solution devrait être maintenue, même dans le cas où il y aurait société entre les ouvriers : ils se sont associés pour accomplir le travail en commun et en partager les bénéfices, mais non pour découvrir un trésor dont ils ne soupçonnaient pas l'existence.

14. Pour que l'inventeur ait droit à la moitié du trésor, il faut qu'il l'ait découvert « par le pur effet du hasard », *fortuito casu, non data ad hoc opera.* Il ne pourra donc pas la réclamer, s'il a découvert le trésor à la suite de fouilles pratiquées dans ce but. Mais alors à qui cette moitié reviendra-t-elle? Au propriétaire du sol, qui se trouvera ainsi avoir droit à la totalité du trésor. C'était la solution donnée par la loi romaine, et elle doit encore être admise aujourd'hui. D'ailleurs on ne voit pas trop où irait cette partie du trésor, si on ne l'attribuait pas au propriétaire.

L'inventeur ne perdrait pas la moitié que la loi lui attribue, par cela seul qu'il aurait caché sa découverte dans l'intention de s'en attribuer exclusivement le profit. Mais il pourrait alors être considéré comme voleur quant à la moitié du trésor appartenant au propriétaire; car il y a de sa part soustraction frauduleuse de cette moitié, ce qui constitue le délit de vol aux termes de l'art. 379 du code pénal. Le délit aurait même le caractère d'un vol qualifié, s'il avait été commis par des ouvriers travaillant pour le compte du propriétaire du fonds. C. cass. de Florence, 22 janvier 1887, Sir., 87. 4. 12.

15. Nature juridique du trésor. — Le trésor n'est pas une partie du fonds dans lequel il a été découvert; il s'en distingue très nettement. On ne peut même pas le considérer comme étant fictivement immeuble en qualité d'accessoire du fonds; le trésor rentre en effet dans la définition que l'art. 528 donne des meubles par leur nature, et ne pouvait être fictivement immeuble qu'en vertu d'une disposition législative qui n'existe pas. Le trésor ne peut pas non plus être regardé comme un fruit ou comme un produit du fonds; car son existence en est complètement indépendante, ce n'est pas le fonds qui lui a donné naissance. Aussi la loi décide-t-elle que l'usufruitier n'y a aucun droit (art. 598 *in fine*) : ce qu'il faut entendre en ce sens que l'usufruitier n'y a aucun droit en cette qualité; car il est bien clair qu'il pourrait avoir droit comme tout autre à la moitié attribuée à l'inventeur, s'il avait lui-même découvert le trésor (cpr. t. I, n. 1357).

Quelle est donc alors la nature juridique du trésor? On doit le considérer comme un *donum fortunæ* ou *legis.* C'est ce que les Romains appelaient une *obventio,* et nos anciens *une échute mobilière* (Paris, 20 novembre 1877, Sir., 78. 2. 293).

Et de là résultent deux conséquences importantes :

1° Les créanciers, ayant hypothèque sur un fonds dans lequel un trésor est découvert, n'auraient aucun droit de préférence sur le prix de ce trésor, pas même sur le prix de la partie attribuée au propriétaire *jure soli*. La solution contraire s'imposerait, si le trésor pouvait être considéré comme faisant partie du fonds.

2° Le trésor ou la portion du trésor attribuée à une personne mariée sous le régime de la communauté soit *jure inventionis*, soit même *jure soli*, tomberait dans la communauté (arg. art. 1401-1°).

2. *Des épaves.*

16. Il paraît qu'à l'origine le mot *épaves* désignait les animaux qui avaient été perdus par leur propriétaire après avoir été dispersés par la frayeur, *expavefacta*. Plus tard on employa cette expression pour désigner tous les objets perdus ou égarés; on l'étendit même à certaines choses du crû de la mer, telles que le corail et le varech jetés sur la grève par les flots. C'est dans ce sens large qu'on emploie encore aujourd'hui le mot *épaves* dans la langue du droit.

Il ne faut pas confondre les épaves avec les *res nullius* ou les *res derelictæ;* car elles ont un propriétaire, inconnu il est vrai, tandis que les *res nullius* et les *res derelictæ* n'en ont pas.

L'art. 717 dit au sujet des épaves : « *Les droits sur les effets jetés à » la mer, sur les objets que la mer rejette, de quelque nature qu'ils puis- » sent être, sur les plantes et herbages qui croissent sur les rivages de la » mer, sont aussi réglés par des lois particulières. — Il en est de même » des choses perdues dont le maître ne se représente pas* ».

Notre législateur a sans doute considéré la législation relative aux épaves comme n'appartenant pas au cadre du droit civil; car il se borne, en somme, à dire que cette matière est régie par des lois particulières.

Nous en dirons cependant quelques mots.

Il y a lieu de distinguer quatre sortes d'épaves :

1° *Les épaves de mer,* régies par l'ordonnance d'août 1681 et quelques décrets de dates postérieures au code civil ;

2° *Les épaves des cours d'eau navigables et flottables,* ou *épaves fluviales.* Elles sont régies en principe par l'ordonnance d'août 1669, tit. XXXI, art. 16 et 17. L'inventeur n'y a aucun droit; elles appartiennent pour le tout à l'Etat, quand elles n'ont pas été réclamées par le propriétaire en temps utile. En outre, il existe une législation spéciale pour les *bois canards,* c'est-à-dire pour ceux qui se détachent des trains (ordonn. de décembre 1672, chap. XVII, art. 9 et 10);

3° *Les épaves des cours d'eau non navigables ni flottables.* A défaut de dispositions législatives spéciales, on les assimile aux épaves terrestres;

4° *Les épaves de terre.* Cette expression désigne tous objets animés ou inanimés perdus ailleurs que dans la mer ou dans un cours d'eau, par exemple dans une rue ou sur un terrain particulier. L'art. 717 *in fine* semble dire qu'il existe des lois particulières réglementant d'une manière complète les épaves terrestres. Mais la vérité est qu'il n'existe sur ce point que quelques dispositions législatives spéciales. Elles sont relatives aux objets déposés dans les greffes des tribunaux, dans les lazarets et dans les bureaux des douanes, aux colis confiés aux entrepreneurs de

roulage ou de messageries, aux sommes versées dans les caisses des agents des postes et aux valeurs déposées ou trouvées dans les boîtes et guichets des bureaux de poste. Ces divers objets ou valeurs sont attribués à l'Etat, lorsqu'ils ne sont pas réclamés dans les délais fixés.

* Mais que dire quant aux autres épaves, dont le sort n'est pas réglé par des dispositions législatives spéciales, et notamment quant aux choses perdues proprement dites ? Au milieu du conflit d'opinions qui se sont fait jour sur cette question, voici celle qui nous paraît devoir être adoptée. Celui qui trouve une chose perdue n'en devient pas propriétaire ; par ce seul fait qu'il s'en empare, il s'oblige *quasi ex contractu* à la restituer à celui à qui elle appartient. L'action en restitution du propriétaire dure trente ans contre l'inventeur et ses ayant cause universels, la loi ne l'ayant pas limitée à un terme plus court (arg. art. 2262) ; après ce délai, l'inventeur, ne pouvant plus être forcé de restituer, peut se dire propriétaire de la chose. En outre le propriétaire a une action en revendication contre le possesseur actuel de la chose, qui la tient de l'inventeur ou de ses ayant cause. Dans les trois années de la perte, cette action réussira contre tout possesseur indistinctement (art. 2279 al. 2), sauf à rembourser le prix de la chose au possesseur, s'il l'a achetée dans une foire ou dans un marché ou dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles (art. 2280). Mais après l'expiration de ce délai, l'action en revendication ne pourra réussir que contre un possesseur de mauvaise foi ; car celui qui serait de bonne foi opposerait avec succès au propriétaire revendiquant la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre.* — Dans tous les cas, le propriétaire de la chose perdue, qui la réclame en temps utile, doit rembourser tous les frais qui ont été faits pour sa conservation, et payer la récompense qu'il aurait publiquement promise.

17. Divisions des modes d'acquérir. — Les modes d'acquérir la propriété sont : 1° originaires ou dérivés ; 2° à titre onéreux ou à titre gratuit ; 3° à titre universel ou à titre particulier.

1° *Originaires* ou *dérivés.* Les modes d'acquérir *originaires* ou *primaires* sont ceux par lesquels nous acquérons la propriété de choses qui auparavant n'appartenaient à personne ; de sorte que la propriété prend son *origine* chez celui qui acquiert par un semblable mode. Telle est l'occupation. Les modes *dérivés* sont ceux par lesquels nous acquérons la propriété d'une chose qui appartenait auparavant à un autre, exemples : la vente, la donation. Il y a alors transmission de propriété, *mutation,* tandis que dans le premier cas il y a une acquisition pure et simple de la propriété, une acquisition qui ne correspond pas à la perte de la propriété par une autre personne. On appelle *auteur* celui qui transmet la propriété, et *ayant cause* celui à qui elle est transmise. L'acquisition de la propriété par un mode dérivé donne lieu la plupart du temps à un droit de mutation au profit de l'Etat, tandis qu'il en est autrement de l'acquisition par un mode originaire.

2° *A titre onéreux* ou *à titre gratuit.* L'acquisition *à titre onéreux* se fait moyennant un sacrifice, qui est considéré comme l'équivalent plus ou moins exact de l'avantage que l'on reçoit. Ainsi dans la vente, l'acheteur n'acquiert la chose vendue qu'en s'obligeant à en payer le prix ; dans l'échange chaque coéchangiste donne une chose comme

contre-valeur de celle qu'il reçoit. La vente, l'échange sont donc des modes d'acquérir *à titre onéreux ;* il en est de même de la société et du prêt à intérêt. Au contraire, l'acquisition *à titre gratuit* se fait sans bourse délier ; l'acquéreur ne donne rien comme contre-valeur de ce qu'il reçoit. Il en est ainsi dans la donation entre vifs ou testamentaire.

Cette distinction présente le plus haut interêt. C'est ainsi notamment que les conditions de forme et les conditions de capacité varient suivant qu'il s'agit de disposer et d'acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux. C'est ainsi encore que les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois et aux bonnes mœurs rendent nulle la convention à titre onéreux qui en dépend (art. 1172), tandis qu'elles sont seulement réputées non écrites dans les dispositions à titre gratuit (art. 900).

3° *A titre universel* ou *à titre particulier*. Les modes d'acquérir *à titre universel, per universitatem,* s'appliquent à l'universalité qui constitue le *patrimoine*. Telle est la succession, qui fait acquérir à l'héritier le patrimoine d'une personne décédée ou une partie aliquote de ce patrimoine, comme la moitié, le tiers. Au contraire, les modes d'acquérir *à titre particulier* s'appliquent à des objets spécialement déterminés, *singulæ res*. Ainsi la vente portera sur une maison, un fonds de terre ou tout autre objet.

Le principal intérêt de cette distinction consiste en ce que les successeurs universels, c'est-à-dire ceux qui acquièrent l'universalité constituant le patrimoine, sont tenus pour le tout ou pour partie des dettes qui grèvent ce patrimoine ; tandis que les successeurs à titre particulier demeurent en général étrangers à l'obligation de payer les dettes de leur auteur. *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

TITRE PREMIER

Des successions.

18. Définitions. — Les mots *succéder, succession,* ont divers sens. *Lato sensu,* succéder à une personne, c'est venir après elle, prendre sa place en recueillant à un titre quelconque tout ou partie des droits qui lui appartenaient. On dit en ce sens que l'acheteur succède au vendeur, parce qu'il prend sa place quant à la chose vendue ; de même le donataire succède au donateur. Ainsi entendu, le mot *succession* s'applique à tous les modes dérivés d'acquérir.

Dans le titre à l'étude duquel nous arrivons, le mot *succession* a une signification beaucoup plus restreinte. Il éveille ici, comme le dit M. Demolombe, une idée de mort. Il désigne alors :

Tantôt la transmission universelle du patrimoine d'une personne

décédée à une personne survivante que la loi désigne et que l'on appelle héritier, *successio in universum jus quod defunctus habuit,* comme si l'on dit : « J'ai acquis tel immeuble par *succession* »;

Tantôt le patrimoine même qui fait l'objet de la transmission, et alors il est synonyme d'*hérédité;* par exemple si je dis : La *succession* que j'ai recueillie vaut 100,000 fr.

Les art. 718 et 732 emploient le mot succession dans le premier sens; les art. 733 et 746 dans le deuxième.

19. Les Romains distinguaient deux espèces de succession ou hérédité, l'hérédité *testamentaire* et l'hérédité *ab intestat.* La première était l'œuvre de la volonté du défunt, manifestée dans son testament; la deuxième, l'œuvre de la loi qui, à défaut de testament, désignait elle-même l'héritier du défunt. L'hérédité testamentaire jouissait à Rome d'une grande faveur. D'ailleurs l'héritier testamentaire, comme l'héritier légitime, représentait pleinement la personne du défunt, il était tenu indéfiniment de ses dettes, *ultra vires hereditarias.*

Nos anciens pays de droit écrit suivirent sur ce point les traditions du droit romain. Mais on s'en écarta dans les pays de coutume. Le droit coutumier n'admettait qu'une seule espèce de succession : la succession légitime ou déférée par la loi, et par suite une seule espèce d'héritiers : les héritiers légitimes. Ce principe de la loi coutumière se traduisit dans quelques formules énergiques : — *Heredes gignuntur, non scribuntur;* — *Solus Deus heredes facere potest, non homo;* — *Institution d'héritier n'a de lieu.* La volonté de l'homme ne pouvait faire que des légataires, non des héritiers, et grande était, comme on le verra, la différence entre les uns et les autres.

Ce sont bien les traditions du droit coutumier que notre législateur paraît avoir consacrées sur ce point. Il traite des dispositions testamentaires dans le titre *Des donations* et non dans celui *Des successions,* nous indiquant ainsi qu'il considère comme *donataires* ou *légataires,* et non comme *héritiers,* ceux qui sont appelés par le testament du défunt à recueillir ses biens. Cette induction est fortifiée : d'une part par l'art. 711, qui dispose que « La propriété des biens s'acquiert... par succes- » sion, par *donation* entre-vifs ou testamentaire... » ; d'autre part par l'art. 723, qui, donnant la liste des héritiers, se garde bien de parler des légataires ; et enfin par les travaux préparatoires de la loi.

Nous aurons à rechercher toutefois si la différence, qui existe aujourd'hui entre les héritiers et les légataires, n'est pas au fond dans les mots plutôt que dans les choses. Sous notre ancien droit coutumier, il y avait un abîme entre la situation des héritiers et celle des légataires. Les premiers succédaient à la personne du défunt et étaient à ce titre tenus de ses dettes indéfiniment, *ultra vires hereditatis;* tandis que les légataires, même quand ils étaient appelés à l'universalité des biens, n'étaient que de simples successeurs aux biens et ne pouvaient par suite être recherchés pour le paiement des dettes du défunt que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillaient, *intra vires hereditatis.* Il s'agit de savoir, et c'est une grave question que nous étudierons en son temps, si cette différence subsiste encore aujourd'hui.

20. Division du titre Des successions. — Trois questions principales font ici l'objet des préoccupations du législateur : 1° désignation de l'héritier appelé à recueillir une succession ouverte (chap. I, II, III et IV); 2° divers partis entre lesquels l'héritier désigné par la loi

peut opter (chap. V); 3° conséquences de l'option faite par l'héritier (chap. VI).

CHAPITRE PREMIER

DE L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS

§ I. *De l'ouverture des successions.*

21. Dire qu'une succession est ouverte, c'est dire que le droit de la recueillir a pris naissance.

La détermination précise du moment où s'ouvre une succession présente une importance capitale à trois points de vue :

1° C'est au moment même de l'ouverture qu'il faut se placer pour déterminer la personne ou les personnes auxquelles appartient la qualité d'héritiers du défunt. Le droit héréditaire se fixe sur leur tête à cet instant même (art. 711), et devient immédiatement transmissible à leurs héritiers ou ayant cause. En avançant ou en reculant de quelques instants le moment de l'ouverture d'une succession, l'ordre des vocations héréditaires peut être complètement changé;

2° C'est au moment de l'ouverture qu'il faut se reporter pour déterminer si l'héritier réunit toutes les conditions d'aptitude requises pour succéder (art. 725);

3° Souvent un long espace de temps s'écoule entre l'ouverture et la liquidation définitive d'une succession. C'est la période de l'*indivision,* qui n'est autre chose que l'état de plusieurs cohéritiers dont les droits ne sont pas encore liquidés. Tous les actes accomplis pendant l'indivision remonteront quant à leurs effets au jour de l'ouverture. Les art. 777, 785 et 883 contiennent des applications de ce principe.

Le moment de l'ouverture d'une succession est donc une date remarquable, fondamentale, à laquelle il faut constamment se reporter. Occupons-nous de le déterminer.

22. Aux termes de l'art. 718 : « *Les successions s'ouvrent par la mort » naturelle et par la mort civile* ». Il ne reste plus aujourd'hui que la mort naturelle comme cause d'ouverture des successions, la mort civile étant abolie (loi du 31 mai 1854 art. 1), et l'art. 719 qui réglementait cette dernière cause d'ouverture se trouve désormais sans objet.

La mort se prouve par l'acte de décès. En ce qui concerne le moment précis où elle s'est produite, la preuve en devrait être administrée conformément aux règles du droit commun, toute mention que l'acte de décès pourrait contenir à cet égard devant être considérée comme n'ayant aucune force probante. Cpr. t. I, n. 281.

La mort prouvée peut seule donner ouverture à une succession. L'absence, quelque prolongée qu'elle soit, ne produirait jamais ce résultat; car elle ne fournit pas la preuve ni même, à bien dire, une véritable présomption de mort. *Adde* arg. art. 130.

23. L'héritier désigné par la loi ne peut recueillir la succession qui lui est déférée qu'à la condition d'être vivant lors de l'ouverture (art. 725). Mais, cette condition une fois remplie, le droit héréditaire se fixe définitivement sur sa tête; et, s'il meurt, même avant d'avoir accepté la succession, et fût-ce un instant de raison après son ouverture, il transmet son droit à ses propres héritiers ou ayant cause (art. 781).

Celui qui réclame ainsi une succession du chef d'un individu décédé doit prouver que ledit individu existait au moment de l'ouverture de la succession (art. 135); car c'est là une condition du bien-fondé de sa demande, et il doit en établir l'existence, conformément à la règle *Actoris est probare.*

Théorie des commorientes.

24. Supposons que deux personnes, *respectivement appelées à la succession l'une de l'autre,* meurent dans un même événement, tel qu'un naufrage, un incendie, une inondation. La détermination de l'ordre dans lequel se sont produits les décès, peut offrir ici une très grande importance; car celui des deux *commorientes* qui a survécu à l'autre aura recueilli sa succession, et l'aura transmise, confondue dans la sienne, à ses propres héritiers. Soit deux frères, *Primus* et *Secundus,* mariés l'un à *Prima,* l'autre à *Secunda;* ils meurent dans un même événement, sans laisser aucun parent au degré successible; les deux épouses survivent. Si *Primus* est mort le premier, *Secundus* qui lui a survécu a recueilli sa succession, et l'a transmise, confondue dans la sienne propre, à *Secunda,* son épouse (art. 767). C'est donc, dans cette hypothèse, *Secunda* qui recueillera les deux successions. Elles reviendront au contraire l'une et l'autre à *Prima,* si c'est *Primus* qui a survécu; car, devenu héritier de *Secundus,* il aura transmis la succession de celui-ci avec la sienne propre à *Prima,* son épouse (1).

Si cette hypothèse était demeurée régie par les règles du droit commun, l'une des deux épouses n'aurait pu se faire adjuger les deux successions qu'à la condition de prouver la survie de son mari. Et, au cas où ni l'une ni l'autre n'aurait pu administrer cette preuve, les deux *commorientes* auraient dû être considérés comme morts au même instant de raison, *neuter alteri supervixisse videbitur;* d'où cette con-

(1) Dans les explications qui vont suivre, nous supposerons toujours, pour simplifier, le cas de DEUX *commorientes.* Les mêmes règles devraient être appliquées *mutatis mutandis,* s'il y en avait un plus grand nombre.

séquence que chaque épouse aurait recueilli séparément la succession de son mari.

A notre avis, le droit commun suffisait ici. La loi a cru devoir y déroger en établissant certaines présomptions de survie pour le cas où il est impossible de prouver l'ordre des décès par les moyens ordinaires de preuve ; mais il est difficile de justifier ces dérogations. Quoi qu'il en soit, voici les dispositions de la loi sur ce point.

25. Aux termes de l'art. 720 : « *Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait, et, à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe* ». — Ainsi tous les moyens de preuve du droit commun devront d'abord être épuisés pour établir l'ordre dans lequel se sont produits les décès des *commorientes*. Or il s'agit de faits dont il a été impossible aux intéressés de se procurer une preuve écrite. Donc la preuve testimoniale sera admissible, quel que soit l'intérêt engagé (arg. art. 1348), et aussi les présomptions de l'homme (arg. art. 1353). C'est à ce dernier mode de preuve que la loi fait allusion, quand elle parle des *circonstances du fait*. Les juges ont un pouvoir discrétionnaire et souverain pour les apprécier (Cass., 21 avril 1874, Sir., 74. 1. 349). Ainsi les *commorientes* ayant péri dans un même incendie qui s'est déclaré au second étage de la maison, celui d'entre eux qui habitait ce second étage pourra être considéré comme ayant succombé avant celui qui habitait le premier. De même, si deux ouvriers, respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, ont péri dans l'éboulement d'une mine, cette circonstance que le corps de l'un est retrouvé quelques jours après en état de putréfaction, tandis que le corps de l'autre est en état de conservation, pourra faire considérer ce dernier comme ayant survécu. De même encore, de deux personnes qui ont péri dans un naufrage, celle qui savait nager pourra être considérée, par suite de cette unique circonstance, comme ayant survécu à celle qui ne le savait pas.

Ainsi qu'on le voit par le dernier exemple qui vient d'être proposé, le juge peut tenir compte, pour résoudre la question de survie, non seulement des circonstances extérieures dans lesquelles l'événement s'est produit, mais aussi de celles qui se rapportent à la personne des *commorientes*. Ces dernières sont comprises aussi bien que les premières dans cette expression de la loi : *les circonstances du fait*, qui est aussi générale que possible. Le pouvoir discrétionnaire du juge ne s'arrête que lorsque, tout autre élément d'appréciation faisant défaut, la question n'est susceptible d'être résolue que par des considérations puisées dans la force de l'âge ou du sexe. Le législateur impose

alors son appréciation aux tribunaux. On sort ici du droit commun, qui aurait laissé au juge une entière latitude pour peser cet élément d'appréciation si incertain par sa nature même.

26. Cela posé, voici comment la loi règle les présomptions de survie basées sur l'âge et sur le sexe.

Art. 721. *Si ceux qui ont péri ensemble, avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu — S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu. — Si les uns avaient moins de quinze ans, et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu.*

Art. 722. *Si ceux qui ont péri ensemble, avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année. — S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé.*

La loi, on le voit, divise la vie humaine en trois périodes.

a. La première période a pour point de départ la naissance, et pour terme l'âge de quinze ans révolus. Ici la force augmente avec le nombre des années. Aussi, lorsque les *commorientes* appartiennent tous à cette période, la loi présume que le plus âgé a survécu. Etant plus fort, il a dû lutter plus longtemps contre le danger commun.

b. La deuxième période commence où finit la précédente, et se prolonge jusqu'à l'âge de soixante ans révolus. Aux yeux de la loi, les forces de l'homme restent stationnaires pendant toute la durée de cette période. Aussi, lorsque l'âge des *commorientes* les y place tous, les uns n'étant pas réputés plus forts que les autres, la loi présume que les décès se sont produits dans leur ordre naturel, c'est-à-dire que le plus jeune a survécu au plus âgé. Toutefois, à égalité d'âge, ou si la différence d'âge n'excède pas une année, le *commoriens* du sexe masculin sera présumé, comme étant le plus fort, avoir survécu au *commoriens* du sexe féminin. Ainsi un homme de trente ans sera présumé avoir survécu à une femme qui a vingt-neuf ans.

c. Enfin la troisième période a pour point de départ le terme de la précédente, et n'a pas d'autre limite que la mort ; elle comprend donc tous ceux qui ont plus de soixante ans. C'est la période de déclin. Les forces humaines décroissant ici avec l'âge, la loi décide que, entre *commorientes* appartenant à cette période, le plus jeune sera présumé avoir survécu.

Si l'un des *commorientes* a moins de quinze ans et l'autre plus de soixante, le premier, dit la loi, sera présumé avoir survécu. Il était tout simple de s'en tenir ici à l'ordre naturel des décès.

Ajoutons qu'aux termes d'une loi du 20 prairial an IV, qu'on peut considérer comme étant encore en vigueur à cause de sa spécialité : « Lorsque des ascendants, des descendants, et autres personnes qui se succèdent de droit, auront été condamnés au dernier supplice, et que, mis à mort dans la même exécution, il devient impossible de constater leur prédécès, le plus jeune des condamnés sera présumé avoir survécu ».

27. Telles sont les hypothèses prévues par la loi. En voici deux autres qu'elle a négligé de régler.

1° L'un des *commorientes* appartient par son âge à la première période, et l'autre à la seconde ; par exemple l'un a dix ans et l'autre trente. D'après l'opinion générale, c'est le second qui sera présumé avoir survécu ; car aux yeux de la loi la première période est celle de la faiblesse, et la deuxième celle de la force. Le *commoriens* que son âge place dans cette dernière est donc réputé le plus fort.

2° L'un des *commorientes* appartient à la deuxième période, et l'autre à la troisième ; par exemple l'un a trente ans et l'autre soixante-dix ans. Un raisonnement analogue conduit à décider que le premier doit être présumé avoir survécu.

Mais il y a une objection grave contre cette double solution : on étend ainsi une présomption légale en dehors des cas en vue desquels elle a été établie ; or c'est un principe certain que les présomptions légales ne sont pas susceptibles d'extension, même en vertu d'un argument *a fortiori*. Ce n'est pas répondre à cette objection, mais simplement jouer sur les mots, que de dire qu'on donne ainsi aux présomptions légales leur développement naturel plutôt qu'on ne les étend. Il nous paraît plus sûr de s'en tenir fermement aux principes ; d'autant plus qu'on ne voit guère la nécessité d'étendre, ou de *développer*, comme on voudra, une présomption légale qu'il aurait probablement beaucoup mieux valu ne pas créer.

A plus forte raison doit-on décider, en vertu du principe d'interprétation restrictive qui vient d'être invoqué, et ici il y a du moins à peu près accord dans la doctrine, que les présomptions de nos articles ne s'appliqueraient pas dans les divers cas qui suivent :

a. Lorsque l'un des *commorientes* seulement est héritier présomptif de l'autre sans réciprocité, comme il arriverait par exemple s'il s'agissait de deux frères dont l'un a des enfants. On ne peut pas dire en pareil cas que les *commorientes* sont *réciproquement* (ou *respectivement*) appelés à la succession l'un de l'autre, comme l'exige l'art. 720 ; on est donc en dehors de l'hypothèse en vue de laquelle la présomption légale est établie.

b. Si les personnes, *de quarum successione agitur*, sont mortes dans des événements différents. Argument des mots « dans un même événement » de l'art. 720. D'ailleurs, de quel poids peuvent être les présomptions tirées de l'âge ou du sexe, entre deux personnes qui n'ont pas eu à lutter contre une même cause de destruction ? En ce sens, tribunal de Lyon, 21 mars 1877, Sir., 80. 2. 55.

*Il en serait de même, c'est-à-dire que nos présomptions ne seraient pas applicables, si, les deux *commorientes* étant réciproquement héritiers légitimes l'un de l'autre, l'un d'eux se trouvait en fait exclu de la succession de l'autre par l'institution d'un légataire universel.

c. Enfin nos présomptions seraient inapplicables, si les deux *commorientes*, sans être appelés à se succéder l'un à l'autre comme héritiers légitimes, s'étaient réciproquement institués légataires universels. Argument des mots « respectivement appelés à la *succession* l'une de l'autre » (art. 720), et de la place qu'occupent nos articles, dans le titre *Des successions*.

28. Dans tous les cas où il sera impossible, soit à l'aide de moyens de preuve du droit commun, soit à l'aide de nos présomptions légales, d'établir l'ordre dans

lequel se sont produits les décès des *commorientes,* il faudra les considérer comme étant morts au même instant, ainsi qu'il a été dit au n. 24, *neuter alteri supervixisse videbitur,* et par suite la succession de chacun des *commorientes* sera déférée à ses héritiers les plus proches au jour de son décès. C'est tout à fait sans fondement qu'on a voulu soutenir, en argumentant de la loi du 20 prairial an IV, citée tout à l'heure, que le plus jeune des *commorientes* devait être présumé avoir survécu. Trib. de Lyon, 21 mars 1877, Sir., 80. 2. 55.

En dépit de l'affirmation faite par l'orateur du gouvernement, la rareté des décisions judiciaires relatives à notre matière prouve qu'elle est à peu près ignorée dans la pratique. Son application suppose en effet un concours de circonstances qui ne se produira que rarement, savoir que deux parents ou deux époux meurent dans un même événement, qu'ils soient respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, qu'ils aient des héritiers différents. Aussi n'insisterons-nous pas davantage sur cette matière.

§ II. *De la saisine des héritiers.*

29. Introduction. — L'étude de la saisine héréditaire suppose la notion préalable d'une distinction fondamentale en cette matière, celle des *héritiers légitimes* et des *successeurs irréguliers;* car la saisine est accordée aux premiers et refusée aux seconds. Nous trouvons cette distinction établie dans l'art. 723, ainsi conçu : « *La loi règle l'ordre de* » *succéder entre les héritiers légitimes : à leur défaut, les biens passent* » *aux enfants naturels, ensuite à l'époux survivant; et s'il n'y en a pas,* » *à l'Etat* ».

Les héritiers *légitimes,* qu'on appelle aussi *réguliers* ou *parfaits,* sont ceux que la loi appelle à recueillir une succession en qualité de *parents légitimes* du défunt : tels sont par exemple ses enfants légitimes. Tous ceux qu'elle appelle à un autre titre, par exemple les enfants naturels du défunt, son conjoint, sont des successeurs *irréguliers* ou *imparfaits.* Les successeurs irréguliers ont donc, comme les héritiers légitimes, leur titre dans la loi ; ce qui les différencie, c'est la cause en vertu de laquelle ils sont appelés.

Quelquefois on emploie l'expression *héritiers légitimes* pour désigner tous les *legitimi,* c'est-à-dire tous ceux qui sont *lege vocati,* quel que soit d'ailleurs le titre auquel la loi les appelle, celui de parent légitime ou tout autre, par opposition aux *héritiers testamentaires,* qui sont appelés par la volonté de l'homme. Si l'on admet qu'il n'existe plus dans notre droit actuel d'héritiers testamentaires (*supra* n. 19), il faut proscrire cette terminologie comme défectueuse.

La loi indique dans notre article trois classes de successeurs irréguliers, savoir : 1° les enfants naturels du défunt ; 2° son conjoint ; 3° l'Etat. Cette liste n'est pas complète. Il y a lieu d'ajouter : 4° les père et mère naturels du défunt (art. 765); 5° ses frères et sœurs naturels (art. 766); 6° les hospices.

Ce n'est pas la seule critique que mérite l'art. 723. Les mots « *à* » *leur défaut,* les biens passent aux enfants naturels » sembleraient donner à entendre que les enfants naturels ne sont appelés à la suc-

cession de leur auteur qu'autant que celui-ci ne laisse pas de parents légitimes. Or on verra sous l'art. 757 que les enfants naturels sont admis à succéder concurremment avec les parents légitimes du défunt; ils ne sont même pas exclus par ses parents légitimes.

30. Les héritiers légitimes ont la *saisine;* les successeurs irréguliers ne l'ont pas. Telle est, nous l'avons déjà dit, la différence capitale qui existe entre ces deux classes de successeurs. Elle est sous-entendue plutôt que formulée dans l'art. 724, ainsi conçu : « *Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession : les enfants naturels, l'époux survivant et l'Etat, doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées* ».

Les mots *biens, droits et actions* constituent un pléonasme : il aurait suffi de parler des biens, car les droits et les actions sont des biens. D'autre part, au lieu de *biens du défunt,* il eût été préférable de dire : *biens qui composent la succession* car il y a des biens du défunt qui ne figurent pas dans sa succession, parce qu'ils ne sont pas héréditairement transmissibles, comme un droit d'usufruit, de rente viagère.

De l'avis unanime des auteurs, notre article a voulu reproduire la disposition de l'art. 318 *in fine* de la coutume de Paris, ainsi conçu : « Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder ». Pothier commente ainsi cette maxime : *Le mort,* c'est-à-dire celui de la succession duquel il s'agit... [*is de cujus successione agitur,* on l'appelle par abréviation le *de cujus*]; *saisit,* c'est-à-dire est censé mettre en possession de tous ses biens et droits; *le vif, son hoir plus proche,* c'est-à-dire celui qui lui survit, et qui, comme son plus proche parent, est appelé à être son héritier ».

On voit, d'après cette explication de Pothier, que la maxime *Le mort saisit le vif...* est relative à la *possession,* et non à la *propriété* des biens héréditaires. Le suffrage de Pothier pourrait être étayé sur ce point de celui d'autres autorités imposantes de notre ancien droit. Charondas notamment interprète ainsi notre maxime : « Le mort saisit le vif, c'est-à-dire le rend et le fait possesseur ». Et Tiraqueau, de son côté, la paraphrase en ces termes : « *Mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione* ».

Tel était dans notre ancien droit le sens de la maxime précitée; tel doit être encore le sens de notre art. 724, qui n'en est que la reproduction, à cette différence près, qui d'ailleurs est dans les mots plutôt que dans les idées, que ce n'est plus aujourd'hui le mort qui saisit le vif, mais la loi. La tradition a une autorité considérable dans une matière toute traditionnelle. D'ailleurs, en nous disant que les successeurs irréguliers, qui n'ont pas la saisine, doivent se faire *envoyer en possession,* l'art. 724 laisse très clairement entendre que la saisine

donne aux héritiers légitimes ce que l'envoi en possession donne aux successeurs irréguliers, c'est-à-dire la possession des choses héréditaires. Bien entendu, la possession, que l'héritier acquiert ainsi de plein droit, est une possession *civile* et par suite fictive, une possession de *droit,* et non une possession de *fait,* celle-ci supposant nécessairement une appréhension matérielle.

La saisine, que l'art. 724 accorde aux héritiers légitimes, peut donc être définie : l'investiture légale et *de plein droit* de la possession des biens héréditaires au profit de l'héritier. L'héritier est de droit possesseur de toutes les choses que possédait le défunt.

La saisine héréditaire paraît en opposition avec les véritables principes qui gouvernent la possession. La possession est chose essentiellement de fait, et il est difficile de comprendre qu'elle puisse être acquise *de plein droit* sans un fait matériel d'appréhension. *Retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus,* dit le jurisconsulte Paul. Aussi ne trouve-t-on dans le droit romain, si rigoureux au point de vue de l'application des principes, aucune trace de cette institution. On discute sur le point de savoir si elle a ses racines dans le droit germanique ou dans le droit féodal. Ce n'est pas la seule question qui soit obscure en cette difficile matière. Le laconisme du code civil, qui n'y consacre qu'un seul article (art. 724), est une des principales causes de cette obscurité.

31. La loi n'établit pas seulement une différence honorifique entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers, en accordant aux premiers la saisine qu'elle refuse aux seconds. La saisine produit des effets considérables, qui influent gravement sur la situation de l'héritier. Voici les principaux :

1° Les héritiers légitimes, étant saisis de plein droit de la possession civile des biens héréditaires, peuvent les appréhender de leur propre autorité : ayant la possession de droit, ils peuvent se mettre en possession de fait; ils se trouveront ainsi immédiatement à même d'administrer les biens héréditaires. Au contraire, les successeurs irréguliers n'ayant pas la saisine, une autorisation leur est nécessaire pour entrer de fait en possession des choses héréditaires. A qui la demanderont-ils? L'art. 724 dit qu'ils « doivent se faire envoyer en possession par justice ». Et toutefois cette disposition n'est écrite qu'en vue des successeurs irréguliers appelés *à défaut de parents,* ainsi que cela résulte du lien qui existe entre notre article et celui qui précède. Les successeurs irréguliers, appelés en concurrence avec des parents légitimes (ce qui ne peut arriver que pour les enfants naturels), devraient demander, non plus l'envoi en possession, mais bien la *délivrance* aux héritiers légitimes avec lesquels ils doivent concourir et qui sont saisis de la possession civile de tous les biens héréditaires.

Ainsi donc, possesseurs de droit, les héritiers légitimes n'ont besoin d'aucune intervention étrangère pour devenir possesseurs de fait, ce qui leur permet de prendre immédiatement l'administration des biens

de la succession. Au contraire, les successeurs irréguliers doivent, pour se mettre en possession de fait des biens héréditaires, demander, soit la délivrance aux héritiers légitimes avec lesquels ils viennent en concours, soit l'envoi en possession au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, à défaut de parents légitimes.

2° Les héritiers légitimes peuvent intenter immédiatement les actions héréditaires actives, tant possessoires que pétitoires, et on peut intenter contre eux les actions héréditaires passives, indépendamment de toute acceptation de leur part, et sauf à eux à opposer le cas échéant l'exception dilatoire de l'art. 174 C. pr. Au contraire, les successeurs irréguliers ne peuvent exercer ces actions, et on ne peut les exercer contre eux, qu'après la délivrance ou l'envoi en possession ; car exercer les actions activement ou passivement, c'est faire acte de possession, et les successeurs irréguliers ne possèdent pas tant qu'ils n'ont pas obtenu la délivrance ou l'envoi en possession.

* On a tort, selon nous, de rattacher à la saisine la continuation au profit de l'héritier de la prescription acquisitive qui avait commencé à courir en faveur du défunt. Ce résultat se produirait, alors même que la saisine n'existerait pas ; car la mort du possesseur, qui a commencé à prescrire, n'est dans notre droit ni une cause de suspension ni une cause d'interruption de la prescription. Elle n'est pas une cause de suspension, car elle ne figure pas sur la liste limitative de la loi (arg. art. 2251 et s.). Elle n'est pas non plus une cause d'interruption : en effet l'interruption est naturelle ou civile (art. 2242) ; la mort du possesseur ne pourrait amener bien évidemment qu'une interruption naturelle ; or, d'après l'art. 2243 : « Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé, *pendant plus d'un an,* » de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un » tiers ». Il ne suffit donc pas que le possesseur cesse de posséder ; il faut que quelqu'un possède à sa place, et possède pendant plus d'un an. Par conséquent, si l'héritier du possesseur défunt entre en possession de fait avant qu'un tiers ait acquis la possession annale, la prescription ne sera pas interrompue. Ajoutez que la rétroactivité de l'acceptation (art. 777) fera disparaître la lacune qui peut avoir existé en fait entre la possession du défunt et celle de l'héritier.

* S'il est vrai, comme nous en avons la conviction, que la continuation au profit de l'héritier de la prescription commencée par le défunt est complètement indépendante de la saisine, il en résulte cette conséquence fort importante que la prescription commencée par le défunt se continue aussi bien au profit d'un successeur irrégulier que d'un héritier légitime. Solution éminemment rationnelle, et qu'il est bien difficile de justifier si l'on rattache à la saisine la continuation de la prescription.

* Ce que nous venons de dire de la prescription devrait être appliqué *mutatis mutandis* aux actions possessoires, qui ont pour base la possession annale.

3° La loi dit : « Les héritiers légitimes sont saisis..., sous l'obliga- » tion d'acquitter toutes les charges de la succession ». La saisine a donc pour conséquence d'obliger d'une manière indéfinie les héritiers légitimes au paiement de ces charges, qui comprennent principalement les dettes du défunt ; ils en sont tenus *etiam ultra vires hereditatis :* ce qui signifie qu'ils sont obligés de supporter ces charges, alors même

que leur importance dépasse la valeur des biens héréditaires, auquel cas ils devront sacrifier une partie de leur patrimoine personnel pour satisfaire à cette obligation. L'héritier légitime peut toutefois s'y soustraire en renonçant à la succession (arg. art. 785); car si l'héritier est saisi *ignorans,* il ne l'est pas *invitus.* De plus il peut limiter l'étendue de son obligation à la valeur des biens héréditaires qu'il recueille, en acceptant sous bénéfice d'inventaire.

Au contraire le successeur irrégulier, n'étant pas saisi, ne peut être poursuivi à raison des dettes et charges de la succession qu'en vertu de la maxime *Bona non sunt nisi deducto ære alieno,* et par suite jusqu'à concurrence seulement de la valeur de ces biens, *intra vires hereditatis,* sans avoir besoin pour obtenir ce résultat d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Ce point cependant est contesté.

32. C'est une question très discutée que celle de savoir, si, parmi les charges dont l'art. 724 déclare l'héritier saisi tenu *indéfiniment,* figurent les legs faits par le défunt. En d'autres termes, l'héritier saisi est-il tenu *etiam ultra vires hereditatis* du paiement des legs, comme de celui des dettes ? Doit-il nécessairement, pour se soustraire à l'obligation indéfinie d'exécuter les dispositions testamentaires, accepter sous bénéfice d'inventaire ou répudier ? L'affirmative paraît bien résulter de la généralité des termes de l'art. 724. L'argument que fournit ce texte est fortifié par l'art. 873, qui, prévoyant le cas où il y a plusieurs héritiers, et fixant la mesure dans laquelle ils doivent satisfaire aux réclamations des divers intéressés qui viennent demander l'exécution des charges de la succession, dispose : « Les héritiers » sont tenus des *dettes* et CHARGES de la succession, personnellement pour leur part » et portion virile, et hypothécairement pour le tout ». Voilà les deux seuls textes qui déterminent l'étendue de l'obligation de l'héritier, en ce qui concerne les charges héréditaires ; et, si l'on reconnaît qu'ils obligent l'héritier au paiement des dettes *ultra vires,* il faut bien reconnaître qu'ils l'obligent aussi de la même façon au paiement des autres charges et principalement des legs. — En vain, pour échapper à cet argument, on se prévaut de ce que, dans l'art. 1009, le mot *charges,* que le législateur emploie conjointement avec le mot *dettes,* ne comprend pas les legs, ainsi que le prouve la partie finale de ce même article, qui contient une disposition spéciale relative aux legs. De ce que, dans un cas particulier, le législateur a donné au mot *charges* une signification restreinte, il n'en résulte pas qu'il l'ait employé partout ailleurs dans le même sens. Le mot *charges* a un sens aussi général que possible, ainsi que le prouve l'art. 724 qui l'emploie tout seul pour désigner même les dettes du défunt. Et d'ailleurs, si on admet qu'il ne comprend pas les legs dans les nombreux textes où le législateur parle des *dettes* et *charges,* on est obligé de reconnaître qu'il ne s'applique guère qu'aux frais funéraires ; or il est peu probable que le législateur l'ait si souvent employé pour désigner cette charge unique. — L'opinion contraire se prévaut à tort également de ce que l'art. 802, qui indique les effets du bénéfice d'inventaire, décide qu'il procure à l'héritier l'avantage de n'être tenu que jusqu'à concurrence de son émolument « du paiement » *des dettes* de la succession », sans ajouter *et des charges,* supposant ainsi que le bénéfice d'inventaire n'est pas nécessaire à l'héritier pour n'être tenu qu'*intra vires* du paiement des charges et principalement des legs. Cet argument reçoit à notre avis deux réponses. D'abord, s'il était fondé, il conduirait à dire que l'héritier n'a pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire pour n'être tenu qu'*intra vires* du paiement des frais funéraires, qui sont, de l'avis de tous, non une dette, mais une

charge de la succession ; or c'est ce que personne n'admet. Et d'autre part le même article ajoute immédiatement que le bénéfice d'inventaire donne à l'héritier l'avantage « de pouvoir se décharger du paiement des *dettes* en abandonnant tous les » biens de la succession aux créanciers et aux *légataires* ». Du paiement des *dettes* ; et aussi des charges, bien évidemment, même des legs, car la loi parle d'un abandon fait aux *légataires*. Le législateur considère donc ici les legs comme compris sous la dénomination générale de *dettes*, et donne à entendre très clairement que le bénéfice d'inventaire est nécessaire à l'héritier pour lui permettre de se libérer par l'abandon des biens, ou par un paiement jusqu'à concurrence de leur valeur, soit à l'égard des créanciers, soit même à l'égard des légataires. Après cela, il paraît importer assez peu que, dans notre ancien droit, l'héritier ne fût jamais tenu du paiement des legs qu'*intra vires hereditatis*. Nous verrons d'ailleurs (*infra* n. 162) qu'il est bien difficile de donner une explication satisfaisante de l'art. 783 dans le système qui veut que l'héritier ne soit tenu qu'*intra vires* du paiement des legs indépendamment du bénéfice d'inventaire, et ce texte fournit ainsi un appoint considérable à la théorie que nous venons de développer. C'est pourtant la solution opposée qui paraît l'emporter en doctrine et en jurisprudence.

* **33.** L'art. 724 rattachant à la saisine l'obligation indéfinie de payer les dettes et charges de la succession, puisqu'il nous la présente comme une conséquence de la saisine, on peut raisonnablement en induire que cette obligation incombe à tous les successeurs auxquels la loi attribue la saisine, et à ceux-là seulement. Ainsi le légataire universel, qui a en face de lui des héritiers réservataires du défunt, ne sera tenu des dettes qu'*intra vires*, parce qu'il n'est pas saisi (art. 1004). Au contraire, en l'absence d'héritiers réservataires, le légataire universel sera tenu des dettes *ultra vires*, parce que l'art. 1006 lui attribue la saisine dans cette hypothèse. Et toutefois la règle reçoit exception (si c'en est une) en ce qui concerne l'exécuteur testamentaire : il n'est jamais tenu des dettes *ultra vires*, alors même qu'il serait saisi aux termes de l'art. 1026, soit parce que la saisine qui lui est attribuée ne s'applique qu'au mobilier, soit parce qu'elle lui est conférée par la volonté du défunt et non par la loi.

34. Si la situation des successeurs irréguliers diffère profondément de celle des héritiers légitimes en ce qui concerne l'investiture de la *possession* des biens héréditaires, les uns et les autres sont sur la même ligne au point de vue de l'investiture de la *propriété*. En effet, aux termes de l'art. 711 : « La propriété... se transmet par *succession*... ». La loi ne distingue pas, et par conséquent cette règle s'applique à la succession irrégulière comme à la succession légitime. Les successeurs irréguliers deviennent donc de plein droit, dès l'instant de l'ouverture de la succession, propriétaires des biens héréditaires qu'ils sont appelés à recueillir; d'où il résulte que le successeur irrégulier, de même que l'héritier légitime, transmet son droit à ses héritiers ou ayant cause, par cela seul qu'il a survécu un seul instant de raison au défunt. On exprime quelquefois cette idée en disant que les successeurs irréguliers ont de plein droit, de même que les héritiers légitimes, la saisine de la *propriété* des biens héréditaires. Il y aurait donc deux saisines : la saisine de la propriété, qui appartiendrait au successeur irrégulier comme à l'héritier légitime, et la saisine de la possession, qui serait

attribuée aux héritiers légitimes à l'exclusion des successeurs irréguliers. Mais cette manière de s'exprimer est de nature à jeter une certaine confusion dans les idées, et nous y aurons recours le moins souvent possible. Elle était assez usitée dans notre ancien droit, et la matière n'en était pas devenue plus claire. Il paraît plus correct de réserver autant que possible l'expression *saisine* pour désigner l'investiture légale de la *possession*.

* **35.** L'ancienne maxime « Le mort saisit le vif, *son hoir plus proche* et habile à lui succéder » donnait clairement à entendre que la saisine n'était attribuée aux parents légitimes du défunt qu'autant qu'ils étaient appelés à sa succession. L'art. 724 a voulu exprimer la même pensée : car, ainsi que nous l'avons vu plus haut, il n'a fait que rajeunir le style de l'ancienne formule. C'est donc à tort qu'on s'est prévalu de ces expressions « *Les héritiers légitimes* sont saisis... », pour soutenir que dans notre droit actuel la saisine appartient collectivement à tous les parents légitimes du défunt au degré successible, même à ceux qui sont exclus de la succession par des parents plus proches. Cette interprétation serait acceptable, si la loi disait : Les *parents* légitimes sont saisis. Mais elle dit, ce qui est fort différent : « Les *héritiers* légitimes... » Or tous les parents légitimes au degré successible n'ont pas la qualité d'héritiers du défunt, mais seulement ceux qui sont en ordre utile pour succéder ; et, comme il peut y en avoir plusieurs, il est tout simple que notre article ait employé le pluriel. Toutefois, si le parent ou les parents légitimes appelés au premier rang renoncent à la succession, la saisine passera sur la tête des parents appelés à leur défaut, et sera même censée leur avoir appartenu *a die mortis* (arg. art. 777 et 785). La saisine est donc déférée *successivement* aux parents légitimes, dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, et non *collectivement* à tous ces parents jusqu'au douzième degré. Il y a toutefois quelques dissidences sur ce point.

* Mais, s'il y a plusieurs parents appelés simultanément à la succession, plusieurs enfants du défunt par exemple, la saisine leur est déférée à tous collectivement, d'une manière indivisible : ce qui permet à un seul des héritiers, en cas d'absence ou d'empêchement des autres, de se mettre en possession de tous les biens héréditaires et de les administrer. Cette solution, éminemment avantageuse au point de vue pratique, est généralement admise.

CHAPITRE II

DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER

36. Les dispositions contenues dans ce chapitre s'appliquent aux successeurs irréguliers comme aux héritiers légitimes (argument tiré du mot *succéder* qui est général). Mais elles sont étrangères aux donataires et aux légataires, régis à cet égard par des dispositions spéciales. Voyez notamment art. 906, 912, 955 et 1046.

37. Toute personne, qui n'est ni incapable ni indigne, a les qualités requises pour succéder.

L'incapacité et l'indignité doivent être soigneusement distinguées. La première empêche d'*acquérir* le droit héréditaire; la seconde empêche seulement de le *conserver*. Ensuite, l'incapacité a lieu de plein droit; l'indignité, au moins suivant l'opinion générale, ne peut résulter que d'une décision judiciaire qui la prononce.

Enfin l'incapacité met celui qui en est frappé dans l'impossibilité d'acquérir une succession quelconque; tandis que l'indignité ne s'applique qu'à une succession déterminée, elle est donc essentiellement relative.

1. *De l'incapacité.*

38. Est capable de succéder toute personne qui n'en est pas déclarée incapable par la loi. Le code civil établit deux causes d'incapacité; 1° le défaut d'existence de l'héritier lors de l'ouverture de la succession; 2° l'extranéité de l'héritier.

1° *Défaut d'existence de l'héritier lors de l'ouverture de la succession.*

39. Nul ne peut acquérir un droit, de quelque nature qu'il soit, qu'à la condition d'exister lors de l'ouverture de ce droit; car c'est à ce moment que le droit se fixe, et il ne saurait se fixer dans le vide. L'art. 725 al. 1 fait une application de ce principe, lorsqu'il dit : « *Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture* » *de la succession* ». La loi ajoute : « *Ainsi sont incapables de succéder,* » 1° *Celui qui n'est pas encore conçu;* — 2° *L'enfant qui n'est pas né* » *viable;* — 3° *Celui qui est mort civilement* ». Cpr. art. 135 et 136.

Du principe que, pour succéder, il faut nécessairement exister lors de l'ouverture de la succession, résultent deux conséquences :

1° *Celui qui a cessé d'exister lors de l'ouverture d'une succession ne peut pas succéder.* C'est pourquoi notre article déclarait incapable de succéder le mort civilement, application qui ne peut plus se présenter depuis que la mort civile est abolie. Il sous-entendait que la même incapacité frappe celui qui est mort naturellement. Ainsi une personne meurt, laissant comme plus proches parents deux cousins germains et les enfants d'un autre cousin germain décédé quelques jours auparavant. La succession reviendra tout entière aux deux cousins germains survivants. Les enfants du cousin germain prédécédé ne pourront pas en réclamer une partie du chef de leur père; car le droit héréditaire n'a pas pu se fixer sur la tête de celui-ci, puisqu'il était mort à l'époque de l'ouverture de la succession. N'ayant rien acquis, il n'a rien pu transmettre.

2° *Celui qui n'a pas encore commencé d'exister à l'instant de l'ouverture de la succession ne peut pas succéder.* De là l'incapacité dont notre article frappe celui qui n'est pas encore conçu. Ainsi un homme et une femme légitimement mariés ont deux enfants, *Primus* et *Secundus; Primus* meurt, et un autre enfant, *Tertius,* naît après sa mort. Ce dernier n'aura aucun droit dans la succession du défunt, en supposant qu'il ne fût pas encore conçu lors de son ouverture : autrement il pourrait en réclamer sa part (art. 748).

40. En disant que l'enfant non conçu est incapable de succéder, la loi dit implicitement, mais néanmoins très formellement, que l'enfant,

simplement conçu lors de l'ouverture d'une succession, peut succéder. C'est une application de la règle *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.*

Et toutefois, pour que le droit de succession puisse se fixer sur la tête d'un enfant qui n'est encore que conçu lors de l'ouverture, la loi exige que cet enfant naisse *vivant* et *viable.*

a. Il faut que l'enfant naisse vivant. *Qui mortui nascuntur, liberorum loco non sunt.*

b. L'enfant doit en outre naître *viable.* La *viabilité* est l'aptitude à vivre, *vitæ habilitas.* Un enfant n'est pas viable, lorsqu'il naît avec une conformation tellement défectueuse que son existence ne peut pas se prolonger au delà d'un temps très court. La loi assimile à l'enfant mort-né celui qui ne naît que pour mourir; il ne pourra donc pas succéder. La question de savoir si l'enfant est né viable ou non est une question de faît, que le juge aurait à résoudre au cas de contestation en s'aidant au besoin du secours des gens de l'art.

On dira peut-être : La question de viabilité ou de non-viabilité ne peut jamais se poser que pour un enfant mort très peu de temps après sa naissance; or qu'importe que cet enfant ait été ou non apte à succéder, puisqu'il n'existe plus? — Pour lui sans doute il importe peu; mais pour d'autres, il peut importer beaucoup. Le passage sur la terre d'un enfant, qui n'a vécu que quelques heures, peut exercer une influence considérable sur la dévolution d'une succession, s'il est reconnu qu'il est né viable. Ainsi un homme marié meurt sans enfant, laissant sa femme enceinte; celle-ci accouche peu de temps après d'un enfant qui meurt au bout de quelques heures. Cet enfant est-il né vivant et viable? Il est devenu héritier de son père, et a transmis en mourant la succession de celui-ci à sa mère, pour la moitié au moins (art. 746), pour la totalité peut-être (art. 755 al. 2). L'enfant au contraire est-il né non viable? Il n'a pu succéder à son père, ni par conséquent transmettre la succession de celui-ci. Cette succession ira tout entière aux parents les plus proches du père, peut-être à des collatéraux au douzième degré, à l'exclusion de la mère.

41. Conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit,* celui qui réclame une succession du chef d'une personne décédée doit prouver que le droit héréditaire s'est fixé sur la tête de cette personne, et par conséquent qu'elle existait lors de l'ouverture de la succession (art. 135). Le réclamant pourra donc avoir à prouver, suivant les circonstances, soit que celui du chef duquel il réclame la succession n'était pas encore mort à l'époque de son ouverture, soit qu'il était conçu à cette même époque, soit même que l'enfant, dont la conception lors de l'ouverture de la succession est établie, est né vivant et viable.

Parmi ces divers faits, il y en a un au sujet duquel naît une difficulté sérieuse : c'est celui de l'époque de la conception. Les présomptions légales écrites dans les art. 312 et suivants seront-elles ici applicables? Le réclamant pourra-t-il les invoquer pour prouver que l'enfant était conçu lors de l'ouverture? Pourra-t-on les invoquer contre lui pour établir qu'il n'était pas conçu à cette même époque?

La jurisprudence et quelques auteurs à sa suite admettent l'affirmative. L'époque

de la conception ne peut, dit-on, se déterminer que par des présomptions. Le législateur le savait bien ; et, s'il n'en a formulé aucune pour le cas qui nous occupe, c'est qu'il a entendu se référer à celles qu'il avait déjà établies en matière de légitimité.

Cette solution est d'une extrême simplicité, et, législativement, elle serait probablement la meilleure. Mais elle se heurte à une objection d'une extrême gravité qui nous empêche d'y adhérer. Les présomptions légales sont de droit étroit; elles ne peuvent sous aucun prétexte être étendues d'un cas à un autre (arg. art. 1350 al. 1). C'est violer ce principe que d'appliquer en matière de succession des présomptions établies en vue de la légitimité seulement.

* Tout au plus pourrait-on admettre avec la majorité des auteurs que les présomptions dont il s'agit sont applicables, lorsque la question de succession se trouve mêlée à une question de légitimité (1). Et encore peut-être serait-il plus sûr de ne pas faire cette concession : les concessions ruinent les principes. On se trouve ainsi conduit, il est vrai, à reconnaître que dans certains cas la présomption légale pourra protéger un enfant lorsqu'il vient se dire fils légitime de tel homme, tandis qu'elle ne le protègera plus lorsqu'il viendra se dire son héritier : ce qui paraît contradictoire. Mais n'est-ce pas un des caractères des présomptions légales de constituer des vérités relatives? N'en est-il pas ainsi notamment de la présomption sur laquelle est fondée l'autorité de la chose jugée? Il peut arriver, par suite du caractère relatif de cette présomption, que le même individu se trouve avoir la qualité d'enfant légitime à l'égard d'un de ses frères et celle d'enfant naturel à l'égard des autres (t. I, n. 290). Est-il plus extraordinaire qu'un enfant soit réputé conçu à telle époque au point de vue de sa légitimité, et qu'il ne le soit plus au point de vue dut droit de succession?

Mais, en admettant que les présomptions légales des art. 312 et s. ne puissent pas être invoquées pour établir l'époque de la conception d'un enfant, en tant qu'il s'agit d'un droit de succession, comment les intéressés feront-ils cette preuve? Conformément au droit commun, qui doit s'appliquer toutes les fois que la loi n'y déroge pas. Ici donc les présomptions de la loi ne s'imposeront pas au juge, il pourra seulement se les approprier comme présomptions simples; car il s'agit d'un fait dont il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, et par cela même la preuve testimoniale (art. 1348) et les présomptions simples sont admissibles (art. 1353).

2° *Extranéité de l'héritier.*

42. Aux termes de l'art. 726 : « *Un étranger n'est admis à succéder » aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire du Royaume, que dans le cas et de la manière dont un Français » succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger,*

(1) La question de succession serait mêlée à la question de légitimité dans l'espèce suivante. Un enfant naît le trois centième jour à dater de la mort du mari de sa mère. Soutenir que cet enfant n'a pas le droit de succéder au mari de sa mère, parce que sa conception est postérieure à la mort de celui-ci, c'est prétendre du même coup que cet enfant n'est pas légitime. La question de succession est ici étroitement liée à la question de légitimité : pour mieux dire les deux questions n'en font qu'une. L'enfant, auquel on ne peut dénier le droit d'invoquer la présomption de l'art. 315 à l'effet d'établir sa légitimité, pourra, d'après l'opinion générale, invoquer cette même présomption à l'effet d'établir sa qualité d'héritier. — Au contraire, la question de succession serait indépendante de la question de légitimité dans cette seconde hypothèse. Un enfant, dont la légitimité n'est pas contestée, est né le trois centième jour après le décès d'un de ses frères ; il vient réclamer une partie de la succession de ce frère, se prétendant conçu à l'époque du décès de celui-ci. Suivant l'opinion générale, il ne pourrait pas invoquer les présomptions légales des art. 312 et s., à l'effet d'établir sa conception lors de l'ouverture de la succession, parce que sa légitimité n'est pas en cause.

» *conformément à l'article* 11 *au titre* de la Jouissance et de la Privation » des Droits civils ». Nous savons que cet article, qui contenait une des applications les plus importantes du principe de réciprocité établi par l'art. 11, a été abrogé par l'art. 1 de la loi du 14 juillet 1819, et nous connaissons les motifs de cette abrogation (t. I, n. 155).

L'art. 2 de la loi ajoute : « *Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales* ». Eclaircissons par un exemple l'hypothèse prévue par ce texte. Un homme meurt, laissant des biens situés en France, d'une valeur de 60,000 fr., et d'autres situés en Angleterre, d'une valeur de 40,000 fr. ; il laisse deux enfants, dont un est français et l'autre anglais, par suite d'une naturalisation par exemple qu'il a obtenue dans ce pays. D'après la loi française, les deux enfants doivent succéder par portions égales. Mais la loi anglaise, on le suppose, attribue tous les biens situés en Angleterre au cohéritier anglais, à l'exclusion du français. Ce dernier aura le droit de prélever sur les biens de France, biens meubles ou immeubles, peu importe, une portion d'une valeur égale à celle des biens situés en Angleterre, dont il est exclu, soit une portion valant 40,000 fr. L'égalité voulue par la loi française sera ainsi rétablie entre les cohéritiers, et l'excédent des biens situés en France, soit 20,000 fr., se partagera entre eux par portions égales, de sorte qu'ils obtiendront ainsi en définitive chacun 50,000 fr. C'est un moyen de compenser, dans la mesure du possible, le préjudice que cause à des héritiers français l'application d'une loi étrangère contraire aux prescriptions de notre loi nationale.

Modifions un peu l'espèce précédente. Les deux enfants du défunt sont l'un et l'autre français. La loi anglaise, on le suppose, attribue tous les biens situés en Angleterre à l'aîné. Le puîné pourra-t-il, pour rétablir à son profit l'égalité voulue par la loi française, opérer sur les biens situés en France le prélèvement autorisé par notre article ? L'affirmative est admise en doctrine et en jurisprudence. Le doute, que peut laisser à cet égard le texte, qui suppose un concours entre cohéritiers dont les uns sont français et les autres étrangers, disparaît, si l'on interroge l'esprit de la loi et les travaux préparatoires.

Supposons enfin, modifiant une dernière fois notre espèce, que les deux enfants appelés à la succession soient anglais. La loi anglaise attribue par hypothèse tous les biens situés en Angleterre à l'aîné ; le puîné pourra-t-il opérer sur les biens situés en France le prélèvement autorisé par notre article ? Non. L'esprit de la loi s'y oppose non moins que son texte ; car il s'agit d'une faveur accordée aux héritiers français.

* Une succession, qui comprend des biens situés en France et des biens situés en pays étranger, s'étant ouverte au profit de plusieurs héritiers dont les uns sont étrangers et les autres français, ceux-ci sont exclus des biens situés à l'étranger par une disposition testamentaire nulle d'après la loi française, mais valable

d'après la loi étrangère, par exemple par une disposition testamentaire émanée d'un mineur de seize ans (art. 903). Les cohéritiers français pourront-ils effectuer sur les biens de France le prélèvement autorisé par l'art. 2 ? Oui ; car l'exclusion des cohéritiers français quant aux biens situés en pays étranger résulte ici en définitive de la loi étrangère, qui valide une disposition testamentaire nulle d'après la loi française, et on se trouve ainsi dans les termes de l'art. 2 : « dont ils seraient » exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales ».

II. *De l'indignité.*

43. Définition. — L'indignité est une exclusion de la succession, prononcée à titre de peine contre l'héritier qui s'est rendu coupable envers le défunt ou sa mémoire de certains faits limitativement déterminés par la loi.

Nous diviserons notre étude sur cette matière en trois parties : 1° quelles sont les causes d'indignité ; 2° comment l'indignité est encourue ; 3° quels sont ses effets.

1. *Des causes d'indignité.*

44. S'il est une matière d'où il importe de bannir l'arbitraire du juge, c'est surtout celle de l'indignité ; car il s'agit d'une déchéance, et d'une déchéance grave. Aussi doit-on savoir gré au législateur de 1804 d'avoir, contrairement aux traditions de notre ancien droit, déterminé limitativement les causes d'indignité. Elles sont énumérées dans l'art. 727, ainsi conçu : « *Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus des* » *successions,* — 1° *Celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté* » *de donner la mort au défunt ;* — 2° *Celui qui a porté contre le défunt* » *une accusation capitale jugée calomnieuse ;* — 3° *L'héritier majeur qui,* » *instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice* ».

Il y a donc trois causes d'indignité, qu'il nous faut étudier successivement.

45. I. La première atteint « celui qui serait condamné pour avoir » donné ou tenté de donner la mort au défunt ». « On n'hérite pas de ceux qu'on assassine », a dit à ce sujet l'orateur du tribunat, après Corneille.

Notre texte exige, pour qu'il y ait lieu à cette première cause d'indignité : 1° que l'héritier ait été condamné ; 2° qu'il l'ait été pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt.

1° Il faut d'abord que l'héritier ait été *condamné.* Donc l'héritier qui a donné la mort au défunt n'encourt pas l'indignité, toutes les fois que, pour une cause quelconque, il *ne peut pas* ou *ne peut plus* être condamné de ce chef. — L'héritier *ne peut pas* être condamné, lorsque l'homicide qu'il a commis n'est pas punissable, par exemple s'il était en état de démence au moment de l'action (C. pén. art. 64), ou en état de légitime défense (C. pén. art. 328), ou si, étant mineur de seize ans, il est

déclaré avoir agi sans discernement, car alors il doit être *acquitté,* (C. pén. art. 66). L'héritier *ne peut plus* être condamné, lorsque sa condamnation est devenue impossible : ce qui peut arriver soit par suite de sa mort, soit par suite de la prescription de l'action publique, soit par l'effet d'une amnistie.

2° Il faut que l'héritier ait été condamné « pour avoir donné ou tenté » de donner la mort au défunt ».

La plupart des auteurs ajoutent : *ou comme complice du meurtre du défunt ;* car, dit-on, notre loi pénale assimile le complice à l'auteur du crime (C. pén. art. 59), de même qu'elle assimile la tentative au crime consommé (C. pén. art. 2). — Au point de vue de la pénalité, c'est incontestable. Mais le législateur ne dit pas que le complice soit assimilé *à tous égards* à l'auteur du crime, et c'est peut-être dépasser sa disposition (ce qui n'est pas permis dans notre matière où l'interprétation restrictive doit seule être admise) que d'établir l'assimilation au point de vue de l'indignité. D'autre part, notre article déclare indigne celui qui a été condamné pour avoir « donné ou tenté de donner la mort... » ; or le complice est condamné pour avoir prêté son assistance à ceux qui ont commis le crime : ce qui est autre chose.

D'ailleurs, du moment que l'héritier a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, peu importe qu'il ait obtenu une diminution de peine par suite de l'admission des circonstances atténuantes ou même par l'effet d'une excuse (C. pén. art. 321 à 326) : car, malgré ces adoucissements, il reste toujours vrai de dire qu'il a été condamné comme meurtrier. A plus forte raison, la prescription de la peine ou la grâce obtenue par l'héritier, condamné comme meurtrier du défunt, ne changerait-elle rien à sa situation ; car la prescription de la peine et la grâce laissent subsister la condamnation.

Mais l'héritier, qui ne se serait rendu coupable que d'un homicide par imprudence et qui aurait été condamné de ce chef, n'encourrait pas l'indignité. Il est alors condamné pour son imprudence, et non pour avoir « donné ou tenté de donner la mort au défunt ». Même solution en ce qui concerne l'héritier, qui aurait été condamné pour coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner; il est condamné non pour avoir *donné* la mort, mais pour l'avoir *occasionnée.*

46. II. La seconde cause d'indignité atteint « celui qui a porté contre » le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse ». Au lieu de *une accusation,* il aurait fallu dire *une dénonciation ou une plainte;* car, dans notre droit, le rôle d'accusateur n'appartient plus aux simples particuliers, comme en droit romain, mais bien aux magistrats du ministère public.

Pour que la dénonciation ou la plainte de l'héritier contre le défunt entraîne l'indignité, il faut :

1° *Qu'elle soit capitale,* c'est-à-dire susceptible, en la supposant fondée, d'entraîner contre le défunt l'application d'une peine *capitale.* Entendez par là une peine *quæ ad capitis periculum pertinet,* c'est-à-dire la peine de mort. L'*accusation capitale* est donc celle qui met la tête en péril.

2° *Qu'elle soit jugée calomnieuse,* c'est-à-dire qu'une décision judiciaire ait prononcé une peine contre le dénonciateur, qui a été reconnu calomniateur.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette cause d'indignité, dont la jurisprudence n'offre aucun exemple.

47. III. Nous arrivons à la troisième cause d'indignité. Est indigne « l'héritier majeur, qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas » dénoncé à la justice ». En contribuant par son silence à l'impunité du meurtrier, il se fait en quelque sorte son complice. Cette cause d'indignité paraît se rattacher aux mœurs germaines, d'après lesquelles il y avait solidarité entre les membres d'une même famille, de sorte que l'affront fait à l'un imposait aux autres l'obligation de le venger.

La loi n'ayant pas déterminé le délai dans lequel la dénonciation doit être faite, le juge, en cas de contestation sur ce point, aurait à apprécier, d'après les circonstances, s'il y a une négligence coupable à reprocher à l'héritier, et s'il a par suite encouru ou non l'indignité.

Notre texte dit : « l'héritier *majeur* ». Donc la cause d'indignité qui nous occupe ne pourrait pas atteindre un héritier *mineur;* son silence peut être attribué à l'inexpérience de son âge. Mais, une fois devenu majeur, il encourrait l'indignité pour défaut de dénonciation ; la dispense résultant de la minorité cesse avec elle.

Le défaut de dénonciation ne pourrait pas non plus être opposé à l'héritier interdit, ni même à celui qui, sans être interdit, serait privé de raison. Et toutefois cette immunité cesserait, comme la précédente, avec sa cause.

En aucun cas d'ailleurs, l'héritier n'est tenu de dénoncer le meurtrier, alors même qu'il le connaîtrait, mais seulement le meurtre.

48. Aux termes de l'art. 728 : « *Le défaut de dénonciation ne peut » être opposé aux ascendants et descendants du meurtrier, ni à ses alliés » au même degré, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou sœurs, » ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces* ».

Lorsque l'héritier est le proche parent ou allié du meurtrier, son silence a une cause légitime. L'honneur de la famille dont il est membre, et l'affection qu'il doit naturellement porter au coupable, lui font un devoir de ne pas le livrer indirectement à la justice en dénonçant son crime.

Et toutefois, il faut bien reconnaître que l'héritier ne pourra pas toujours profiter de l'immunité que le législateur a voulu lui accorder. Supposez qu'il soit établi que l'héritier a eu connaissance du meurtre du défunt ; il a gardé le silence, parce qu'il connaissait, on le suppose, le meurtrier, qui était son fils ; lui seul le sait, et il garde son secret ! Dans ces conditions, les intéressés demandent qu'il soit écarté de la succession comme indigne, pour n'avoir pas dénoncé le meurtre du défunt. L'héritier se trouvera dans une cruelle situation. Il n'a qu'un moyen en effet d'échapper à la

déclaration d'indignité dont on le menace, c'est de dire : « Le meurtrier est mon fils, je n'étais donc pas tenu de dénoncer le meurtre ». De sorte que, pour se disculper de n'avoir pas dénoncé le meurtre, l'héritier sera obligé de dénoncer le meurtrier. Souvent il préfèrera en pareil cas garder le silence, et se laisser exclure comme indigne. Le mal sera irréparable, alors même que le coupable serait plus tard découvert, si du moins la sentence judiciaire qui exclut l'héritier comme indigne n'est plus susceptible d'être attaquée par aucune voie de recours soit ordinaire, soit extraordinaire. Les bonnes intentions du législateur pourront donc être paralysées. Mais le moyen de mieux faire?

En résumé, il faut donc reconnaître que l'héritier ne pourra guère mettre à profit la dispense de dénonciation, établie par notre article, que lorsque le meurtrier sera connu de la justice.

Les mots *ni à ses alliés au même degré,* qui se trouvent au milieu de l'art. 728, doivent être rejetés à la fin. L'historique de la rédaction de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. L'exception établie par notre article ne profitera donc pas seulement aux alliés du meurtrier en ligne ascendante ou descendante, mais aussi à ses alliés au degré de frère et sœur, oncle et tante, neveu et nièce.

2. *De la déclaration d'indignité.*

49. Malgré les termes de l'art. 727 : « Sont indignes... », d'où l'on pourrait induire que l'indignité est encourue de plein droit par l'héritier qui se trouve dans l'un des cas déterminés par la loi, la jurisprudence et la grande majorité des auteurs admettent que l'indignité ne peut produire ses effets que lorsqu'elle a été déclarée ou prononcée par une sentence judiciaire. Jusque-là elle n'existerait donc en quelque sorte qu'à l'état latent.

Cette solution se fonde principalement sur les deux considérations suivantes :

1° Elle était admise dans notre ancien droit. « Nous considérons l'indigne, dit Lebrun, comme un successeur légitime qui ne peut être privé de ses droits que par la déclaration qui doit être faite en justice de son indignité ». Et Pothier nous dit à son tour : « L'indignité n'a pas lieu de plein droit, elle doit être prononcée ».

2° Il y a d'ailleurs un cas dans lequel il est impossible que l'indignité soit encourue de plein droit, c'est celui prévu par l'art. 727-3°. L'indignité dépend ici d'une appréciation que le juge seul peut faire : il s'agit de savoir si l'on peut reprocher une négligence coupable à l'héritier, qui n'a pas déclaré à la justice le meurtre du défunt dont il était instruit. Si l'on reconnaît que l'intervention du juge est nécessaire dans ce cas pour prononcer l'indignité, il faut logiquement admettre qu'elle l'est aussi dans les autres ; car la règle doit être toujours la même.

* Régulièrement, c'est le tribunal civil du domicile du défendeur à la demande en déclaration d'indignité, qui est compétent pour en connaître (arg. art. 59 al. 1 C. pr.). Cette demande peut aussi être formée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, incidemment à une action en partage dont ce tribunal serait saisi. Il est plus douteux qu'elle puisse l'être, comme l'enseignent quelques auteurs, devant le tribunal criminel appelé à prononcer l'une des condamnations dont parle l'art. 727, et incidemment à l'action publique dont ce tribunal serait saisi. L'argument, qu'on tire en faveur de cette solution de l'art. 3 du code d'instruction criminelle, est peu concluant. L'action civile, que ce texte permet d'intenter incidemment à l'action publique et devant les mêmes juges, est l'action en réparation du préjudice causé par l'infraction (C. I. cr. art. 2.). L'action en déclaration d'indignité a-t-elle ce caractère?

50. Par qui peut être formée la demande en déclaration

d'indignité. — Dans le silence de la loi sur ce point, il faut appliquer le droit commun, qui accorde l'exercice d'une action à tout intéressé ; l'intérêt est la mesure des actions. La demande en déclaration d'indignité pourra donc être formée :

1° Par les cohéritiers de l'indigne ; ils ont intérêt à l'exclure pour prendre sa part (arg. art. 786).

2° Par les héritiers du degré subséquent, si l'indigne est seul héritier de son degré ; car ils prendront sa place après l'avoir fait exclure.

3° Par les donataires ou légataires du défunt, au cas où, l'indigne étant héritier réservataire, sa présence les menacerait d'une réduction.

51. Contre qui l'indignité peut être prononcée. — La déclaration d'indignité peut être poursuivie contre l'indigne s'il est vivant, et après son décès contre ses héritiers, auxquels il a transmis la succession du défunt confondue dans la sienne. Cette circonstance, que l'indigne est mort avant la prononciation de son indignité, peut-être pendant le cours de l'instance en déclaration d'indignité, ne doit pas profiter à ses héritiers. On objecte que l'indignité est une peine, et que, ainsi que le disait Lebrun, « la peine suit le coupable et ne le passe pas ». *Adde* arg. art. 2 C. I. cr. Mais cela n'est vrai que des peines proprement dites, telles que l'emprisonnement, l'amende ; or l'indignité est une déchéance plutôt qu'une peine. Autre chose est prononcer une peine contre les héritiers d'un homme décédé, autre chose leur faire subir les conséquences d'une déchéance encourue par leur auteur. — Quant à l'argument que l'opinion contraire tire de l'art. 957, il suffit de faire remarquer que cet article déroge au droit commun, et qu'à ce titre il ne saurait être étendu d'un cas à un autre, même en vertu d'un argument *a fortiori*.

3. *Des effets de l'indignité.*

52. Nous étudierons successivement les effets de l'indignité : à l'égard des personnes appelées à profiter de l'exclusion de l'indigne ; à l'égard des tiers ; à l'égard des enfants de l'indigne.

a. Effets de l'indignité à l'égard des personnes appelées à profiter de l'exclusion de l'indigne.

53. L'indigne, dans ses rapports avec ceux qui sont appelés à recueillir la succession ou la part de succession à laquelle il était appelé, est censé n'avoir jamais été héritier. La déclaration judiciaire d'indignité entraîne une résolution rétroactive de son droit, une résolution *ex tunc*.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° L'indigne doit restituer à ceux qui sont appelés à profiter de son exclusion tout l'émolument qu'il a retiré de l'hérédité. L'art. 729 contient une application de ce principe : « *L'héritier exclu de la succession » pour cause d'indignité, est tenu de rendre tous les fruits et les » revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession* ».

Ce texte étant conçu dans les termes les plus généraux, il faut en induire que la restitution à faire par l'héritier indigne doit comprendre même les fruits qu'il a perçus à une époque où la cause de l'indignité n'existait pas encore. Nous songeons au cas prévu par l'art. 727-3° : l'héritier, déclaré indigne pour n'avoir pas dénoncé à la justice le meurtre du défunt, devra restituer même les fruits qu'il a perçus à

une époque où il ignorait encore le crime. Il ne tenait d'ailleurs qu'à lui de les conserver, puisqu'il lui suffisait pour cela de faire la dénonciation exigée par la loi. On peut donc sans injustice l'obliger à les restituer.

Si l'indigne doit restituer les fruits des biens héréditaires, à plus forte raison doit-il restituer les biens héréditaires eux-mêmes, avec tous les accroissements naturels qu'ils ont pu recevoir et tous leurs accessoires. La loi s'est expliquée sur la restitution des fruits, parce qu'il pouvait y avoir quelque doute, le possesseur ayant quelquefois le droit de conserver les fruits des biens qu'il est obligé de restituer : elle assimile ici l'héritier à un possesseur de mauvaise foi. Quant à la restitution des biens, elle allait de soi, et il était inutile d'en parler.

2° Si l'héritier exclu comme indigne a payé de ses deniers quelque dette héréditaire, il aura le droit de se faire rembourser par ceux qui profitent de son exclusion.

* 3° La déclaration d'indignité fait disparaître les effets de la confusion qui s'était produite soit au profit de l'héritier indigne, soit contre lui. Les droits personnels ou réels, éteints par la confusion, renaîtront donc, ou mieux seront censés n'avoir jamais cessé d'exister.

b. Effets de l'indignité à l'égard des tiers.

54. Dans ses rapports avec les tiers, l'indigne doit être considéré, d'après l'opinion générale, comme ayant été héritier jusqu'au jour de la déclaration judiciaire d'indignité; la résolution de son droit se produit ici sans effet rétroactif, *ex nunc*. Les droits, par lui consentis sur les biens héréditaires avant la déclaration judiciaire d'indignité, devront donc être maintenus; on annulera seulement comme émanant *a non domino* ceux qu'il aurait constitués postérieurement à cette époque. Ainsi les constitutions de servitudes ou d'hypothèques, les aliénations à titre onéreux ou même à titre gratuit de biens héréditaires, les baux consentis par l'indigne après la déclaration judiciaire d'indignité, seront considérés comme non avenus. Au contraire il y aurait lieu de maintenir les actes de cette nature accomplis auparavant, sauf l'obligation pour l'indigne de restituer à ceux qui doivent profiter de son exclusion tout le profit qu'il a pu retirer de ces actes, notamment les prix de vente par lui perçus, et sauf aussi les dommages et intérêts qui pourraient lui être réclamés par application de l'art. 1382.

* Cependant les droits des tiers, qui auraient traité avec l'indigne antérieurement à la déclaration judiciaire d'indignité, pourraient être annulés, s'il y avait eu concert frauduleux entre eux et l'indigne (arg. art. 1167).

c. Effets de l'indignité à l'égard des enfants de l'indigne.

55. Dans notre ancien droit, les enfants de l'indigne étaient exclus pour la faute de leur père. L'art. 730 a fait cesser cette injustice ; il dit dans sa première partie : « *Les enfants de l'indigne venant à la succession*

» *de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus* » *pour la faute de leur père* ». Les mots *sans le secours de la représentation* seront facilement compris, lorsque nous aurons traité de la représentation ; nous y reviendrons d'ailleurs sous l'art. 744. Ne nous en préoccupons pas pour le moment, et arrêtons-nous seulement à cette partie de notre disposition qui déclare que les enfants de l'indigne ne sont pas exclus pour la faute de leur père. La pensée du législateur est que les conséquences de la faute commise par le père ne doivent pas retomber sur les enfants. Les enfants de l'indigne pourront donc recueillir la succession dont leur père a été exclu, s'ils y sont personnellement appelés en ordre utile. Mais il ne fallait pas, donnant d'une main à l'indigne ce qu'on lui enlevait de l'autre, permettre qu'il pût jouir des biens recueillis par ses enfants. Aussi notre article ajoute-t-il dans sa partie finale : « *mais celui-ci* [l'indigne] *ne* » *peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usu-* » *fruit que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs* » *enfants* ».

* **56.** Tels sont les effets de l'indignité. Elle n'a pas d'autre résultat que d'exclure l'indigne de la succession *ab intestat* de celui à l'égard duquel il s'est rendu coupable de l'un des faits déterminés par l'art. 727. L'indigne ne perd donc pas le bénéfice des donations entre vifs qu'il a reçues du défunt, sauf l'application des art. 955 à 958. Il peut aussi réclamer les legs qui lui auraient été faits par le *de cujus*, sauf l'application des art. 1046 et 1047. Il y a toutefois controverse sur ce point. D'autre part, l'indigne conserve le droit de représenter celui de la succession duquel il a été exclu, pour recueillir une autre succession. Enfin l'indigne peut plus tard acquérir les biens, provenant de la succession dont il a été exclu, en qualité d'héritier de celui à qui ils ont été dévolus à sa place.

CHAPITRE III

DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION

57. Après avoir traité de l'ouverture des successions et des qualités requises pour succéder, le législateur va s'occuper de la désignation de la personne ou des personnes appelées à recueillir la succession.

La rubrique de notre chapitre semblerait indiquer qu'il contient toutes les dispositions relatives à cet ordre d'idées. Mais il n'y est question en réalité que des successions *régulières*, c'est-à-dire de celles déférées aux parents légitimes du défunt. C'est dans le chapitre IV qu'il est traité des autres successions, que l'on appelle *irrégulières*.

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

I. *Introduction.*

58. Les successions régulières étant déférées aux parents légitimes du défunt de l'ordre le plus favorable et du degré le plus rapproché,

il est absolument nécessaire, avant d'aborder l'étude de cette matière, de posséder des notions générales sur la parenté, ses divers ordres et la manière d'en compter les degrés. Ayant déjà exposé ces notions dans notre tome I, n°s 409 et suivants, nous nous bornerons ici à donner le texte des art. 735 à 738, dans lesquels ces notions sont condensées, en y ajoutant seulement quelques observations.

Art. 735. *La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations ; chaque génération s'appelle un* degré.

Art. 736. *La suite des degrés forme la ligne : on appelle* ligne directe *la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre ;* ligne collatérale, *la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun. — On distingue la ligne directe, en ligne directe descendante et ligne directe ascendante. — La première est celle qui lie le chef avec ceux qui descendent de lui : la deuxième est celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend.*

Art. 737. *En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes : ainsi le fils est, à l'égard du père, au premier degré ; le petit-fils au second ; et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard des fils et petits-fils.*

Art. 738. *En ligne collatérale, les degrés se comptent par les générations, depuis l'un des parents jusques et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent. — Ainsi, deux frères sont au deuxième degré ; l'oncle et le neveu sont au troisième degré ; les cousins germains au quatrième ; ainsi de suite.*

Il importe beaucoup en matière de succession de distinguer les parents *paternels* des parents *maternels*. Les parents *paternels* ou *consanguins* du défunt sont ses parents du côté paternel, c'est-à-dire son père et tous les parents de celui-ci. De même ses parents *maternels* ou *utérins* sont sa mère et tous les parents de celle-ci. Ceux qui tiennent au défunt par son père et par sa mère tout à la fois sont dits ses parents *germains* (1). Ainsi le frère du défunt, issu du même père et de la même mère que lui, est son frère *germain ;* celui qui a le même père et une mère différente est son frère *consanguin ;* celui qui a la même mère et un père différent est son frère *utérin*.

* Il se peut que je sois un parent *maternel* pour celui qui est mon parent *paternel*, et réciproquement. Ainsi le fils de ma tante paternelle est mon parent *paternel*, car il m'est parent par mon père ; mais je suis pour lui un parent *maternel*, parce que je lui suis parent par sa mère. En matière de succession, la parenté doit toujours être envisagée par rapport au défunt ; car c'est lui qui appelle ses parents à lui succéder. Ainsi le fils de ma tante paternelle ne pourra être appelé à me succéder que dans ma ligne paternelle, et moi je ne pourrai être appelé à lui succéder que dans sa ligne maternelle. Sauf le cas de la dévolution (art. 755 al. 2).

(1) Le mot *germain* est pris dans une autre acception quand on dit : *cousin germain*.

* **59. Comment se prouve la parenté, à l'effet de succéder.** — La preuve de la parenté se réduit en définitive à celle de mariages et de naissances. La parenté devra donc régulièrement se prouver par des actes de l'état civil. Exceptionnellement elle pourrait être établie par tous les autres moyens de preuve qu'autorise l'art. 46, lorsqu'on se trouvera dans le cas prévu par cette disposition, c'est-à-dire lorsqu'il sera démontré qu'il n'a pas été tenu de registres ou qu'ils ont été perdus. Même en dehors de ces deux hypothèses, on admet en jurisprudence et en doctrine, sauf quelques dissidences, que la parenté à l'effet de succéder peut être prouvée par tous les moyens possibles (actes authentiques ou sous seing privé, preuve par témoins...), lorsqu'il y a lieu pour l'établir de prouver des naissances ou mariages remontant à une époque reculée. En effet l'art. 46 paraît n'avoir été écrit qu'en vue des naissances ou mariages récents. Pour les autres, il peut y avoir impossibilité de les prouver par des actes de l'état civil, soit parce qu'ils remontent à une époque antérieure à l'institution de ces actes, soit parce que le réclamant ignore le lieu où ces faits se sont accomplis et ne sait où trouver les actes qui en ont été dressés : ce qui amène l'application de l'art. 1348. Cpr. Cass., 28 juillet 1885, Sir. 87. 1. 261.

II. *Historique.*

60. Avant d'arriver au système de succession adopté par le code civil, nous jetterons un rapide coup d'œil sur la législation antérieure.

A. *Ancien droit.*

61. La matière des successions *ab intestat* est une de celles sur lesquelles il y avait la plus grande divergence de vues entre la législation des pays de droit écrit et celle des pays coutumiers.

62. 1. *Pays de droit écrit.* On y suivait, sauf quelques modifications, le système de succession admis dans le dernier état du droit romain, et qui est contenu dans les novelles 118 et 127. Voici ses principaux traits. La succession était dévolue en première ligne aux héritiers du choix du défunt, qui jouissait d'une liberté presque illimitée de tester. A défaut d'héritier testamentaire, la *succession,* c'est-à-dire le patrimoine du défunt, comprenant tous ses biens, *sans aucun égard à leur nature ou à leur origine,* revenait à l'héritier désigné par la loi, qui s'inspirait surtout pour ce choix de la volonté probable du défunt. A cet effet, elle établissait trois ordres d'héritiers : les descendants, appelés en première ligne, les ascendants, appelés à défaut de descendants, et les collatéraux, appelés en général à défaut d'ascendants seulement. Dans chaque ordre le parent le plus proche excluait le plus éloigné, et les parents au même degré partageaient par tête. Cette double règle recevait toutefois exception par suite de la *représentation,* qui était admise, dans l'ordre des descendants, *in infinitum,* et, dans celui des collatéraux, au profit seulement des enfants de frères ou sœurs.

63. 2. *Pays de coutume.* Ici comme ailleurs, le droit coutumier se distingue par une infinie variété, et plus que partout ailleurs par une extrême complication.

Il n'y a de simplicité qu'au début de la matière. Quand le défunt laissait des enfants ou descendants, ils excluaient tous autres héritiers. Les biens du défunt, sans distinction de leur nature et de leur origine, formaient alors une seule et même masse, que les descendants partageaient entre eux par tête ou par souche suivant les cas, sauf les restrictions résultant des droits de primogéniture et de masculinité dans les nombreuses coutumes qui admettaient ces privilèges.

Les complications naissaient immédiatement, lorsque le défunt ne laissait pas d'*hoirs de son corps* (cout. d'Orléans, art. 313). Alors il fallait avoir égard à la *nature* et à l'*origine* des biens pour en régler la succession.

A la nature : on distinguait si les biens étaient meubles ou immeubles.

A l'origine, au moins quand il s'agissait d'immeubles : on distinguait s'ils étaient *propres* ou *acquêts.* « Les propres de succession, dit Pothier, sont les héritages de nos ancêtres et autres parents, qu'ils nous ont transmis par succession ou par quelque autre titre équipollent à succession », par exemple la donation. Tous les autres immeubles étaient *acquêts,* par exemple les immeubles achetés. Les règles relatives à l'attribution des successions variaient considérablement, suivant qu'il s'agissait de propres, ou bien de meubles ou acquêts.

a. Succession aux propres. L'esprit de notre ancien droit coutumier était de conserver les propres dans les familles. A cet effet on recherchait leur origine. On opérait d'abord une sorte de triage entre les propres *paternels* et les propres *maternels.* Les propres paternels étaient ceux qui provenaient au défunt du côté paternel, c'est-à-dire ceux qu'il tenait de son père ou de ses ancêtres paternels. Les propres maternels étaient ceux qui étaient provenus au défunt du côté maternel.

Ce triage opéré, on appliquait la règle *Paterna paternis, materna maternis,* qui signifiait que les propres étaient dévolus aux parents de la ligne et de la souche dont ils provenaient ; et c'est là qu'apparaissaient les grandes complications de la matière, source intarissable de difficultés et de procès.

* On va en juger :

* Dans les coutumes dites *de simple côté* (la coutume de Normandie était de ce nombre), on ne remontait pas jusqu'à la première origine des propres pour en régler la succession. Les propres paternels étaient attribués à l'héritier le plus proche de la ligne paternelle, fût-il parent collatéral du défunt. Il en était de même pour les propres maternels. Ce système était en définitive assez simple.

* Dans les coutumes dites *de côté et ligne,* telles que la coutume de Paris, on recherchait quel était celui qui avait fait entrer le propre dans la famille, ou en d'autres termes quel était celui qui en avait été le premier acquéreur, et le propre était attribué au parent le plus proche de ce premier acquéreur, fût-il collatéral. Il suffisait donc de *toucher l'auteur du propre de parenté collatérale,* comme on disait alors ; d'où le nom de coutumes *de côté et ligne.*

* Enfin, dans les coutumes *souchères,* comme par exemple la coutume de Touraine, il fallait aussi remonter jusqu'à la première origine du propre, rechercher qui le premier l'avait mis dans la famille, en qui le propre avait *souché,* et il était attribué exclusivement aux *descendants* de ce premier acquéreur. Il ne suffisait donc pas, comme dans les coutumes *de côté et ligne,* de *toucher l'auteur du propre de parenté collatérale.*

b. Succession aux meubles et acquêts. Elles étaient déférées en général d'après l'ordre présumé des affections du défunt. Mais ici encore il y avait une grande variété dans les applications du principe. La plupart des coutumes opéraient le partage des meubles et acquêts en deux parties égales destinées l'une à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Après avoir ainsi *fendu* cette portion de la succession, certaines coutumes la *refendaient* à l'infini entre les diverses branches de chaque ligne.

Dans la succession aux meubles et acquêts, la plupart des coutumes admettaient le *privilège du double lien,* en vertu duquel le parent germain, à égalité de degré, excluait le parent utérin ou consanguin.

Dans la succession aux propres, comme dans la succession aux acquêts, la proximité du degré décidait de la préférence entre parents du même ordre, et les parents du même degré succédaient concurremment. Toutefois cette double règle souffrait exception par suite de la représentation ; mais ici encore les coutumes variaient à l'infini.

Observation. — Tout ce que nous venons de dire sur le système de notre ancien

droit en matière de successions n'est relatif qu'aux successions *allodiales* ou successions aux biens *de franc alleu.* Nous ne dirons rien des successions *féodales,* régies par des règles toutes particulières, parmi lesquelles la distinction entre les biens *nobles* et les biens *roturiers* tenait le premier rang.

B. *Droit intermédiaire.*

64. Parmi les lois sur les successions, qui furent rendues pendant cette période, citons principalement :

1° La loi du 4 août 1789, abolissant le régime féodal ;

2° La loi du 8 avril 1791, abolissant les divers privilèges admis en cette matière par notre ancien droit, et notamment ceux attachés à la primogéniture et à la masculinité ;

3° La loi du 17 nivôse an II, qui supprime les distinctions tirées de la nature et de l'origine des biens (art. 62, reproduit par l'art. 732 du code civil), admet trois ordres d'héritiers : descendants, ascendants et collatéraux (art. 63; cpr. art. 731 C. civ.), établit un système de *fente* analogue à celui de notre art. 733 (art. 83), et consacre la représentation à l'infini, non seulement en ligne directe, mais aussi en ligne collatérale (art. 82), exagération qu'avait déjà commise la loi du 8 avril 1791.

III. *Vue d'ensemble sur le système de succession admis par le code civil.*

65. Voici les principaux traits de ce système.

I. A l'imitation de la loi du 17 nivôse de l'an II, le code civil établit trois *ordres* ou *classes* d'héritiers, savoir : les descendants, les ascendants et les collatéraux. L'art. 731 dit à ce sujet : « *Les successions sont » déférées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses » parents collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déter- » minées* ».

Nous verrons toutefois qu'il y a en réalité quatre ordres d'héritiers, au lieu de trois, savoir : 1° les descendants; 2° les collatéraux privilégiés (frères et sœurs du défunt et leurs descendants) soit seuls, soit en concours avec les ascendants privilégiés qui sont le père et la mère du défunt ; 3° les ascendants ; 4° les collatéraux ordinaires. Ces divers ordres sont appelés hiérarchiquement à la succession, c'est-à-dire que le premier est appelé à l'exclusion du deuxième, celui-ci, sauf une exception, à l'exclusion du troisième, et ce dernier à l'exclusion du quatrième. Cette règle doit d'ailleurs être combinée avec le principe de la fente, établi par l'art. 733.

D'un ordre à l'autre, la proximité du degré est indifférente. Ainsi un petit-fils du défunt, qui est au deuxième degré, succèdera par préférence au père du défunt, qui est au premier, parce qu'il appartient à l'ordre des descendants, qui est appelé avant celui des ascendants. Dans le même ordre, au contraire, la proximité du degré a une influence décisive; car, entre parents du même ordre, le plus proche exclut le plus éloigné.

Les parents du même ordre et du même degré succèdent par tête.

Le tout, sauf les restrictions résultant de la représentation dans les cas où elle est admise.

II. « *La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler*

la succession » (art. 732). C'est le principe de l'*unité du patrimoine*, proclamé déjà par l'art. 62 de la loi du 17 nivôse an II.

Ainsi disparaît l'ancienne distinction coutumière des biens *meubles et immeubles, propres et acquêts*, et la règle *Paterna paternis, materna maternis.*

III. Aux termes de l'art. 733 al. 1 : « *Toute succession échue à des* » *ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales; l'une* » *pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la* » *ligne maternelle* ». Cpr. loi du 17 nivôse an II, art. 83 à 88.

= *Echue à des ascendants ou à des collatéraux.* Donc la division dont parle notre article n'a pas lieu dans les successions déférées aux descendants; elle n'aurait plus ici aucune raison d'être.

= *Se divise en deux parties égales.* C'est la succession tout entière qui se divise ainsi. Notre article généralise le système de *fente*, que la plupart de nos anciennes coutumes avaient admis quant aux meubles et acquêts seulement.

L'article ajoute : « *Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les* » *germains* » (c'est l'abrogation du privilège du double lien) ; « *mais ils ne prennent* » *part que dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à l'article 752. Les germains pren-* » *nent part dans les deux lignes* ». Nous retrouverons cette disposition sous l'art. 752.

* Voici une espèce assez remarquable qui s'est présentée devant les tribunaux. Une femme avait épousé son cousin germain ; du mariage était né un enfant ; le père mourut quelque temps après, et l'enfant ne lui survécut que peu de temps. La succession de ce dernier, comprenant celle du père, devait, d'après notre article, être divisée en deux parties. Il était sans difficulté que la moitié afférente à la ligne maternelle revenait à la mère. Mais elle réclamait aussi la moitié afférente à la ligne paternelle comme cousine paternelle de son enfant (tante à la mode de Bretagne) ; les collatéraux paternels d'un degré plus éloigné contestèrent en vain cette juste prétention, à laquelle la cour de Rouen fit droit.

IV. « *Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lors-* » *qu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux* » *lignes* » (art. 733 *in fine*). La *dévolution* est la réversion à l'une des lignes de la portion destinée à l'autre. Elle ne peut avoir lieu qu'à défaut de parent au degré successible dans l'une des deux lignes (voyez toutefois art. 752 *in fine*). Il pourra donc arriver qu'un collatéral maternel au douzième degré concoure avec le père du défunt, qui est parent au premier degré.

Tel est le système de *fente* établi par le code civil. On peut le formuler ainsi : *Dimidium paternis, dimidium maternis.*

Quant à la *refente*, elle est proscrite par l'art. 734, ainsi conçu :

Art. 734. *Cette première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degré, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit ci-après.*

66. Le rapide coup d'œil, que nous venons de jeter sur le système de succession admis par le code civil, nous permet d'en déterminer la base. Le principe de la

dévolution des biens d'après l'ordre présumé des affections du défunt, y joue un rôle important, on peut dire principal; mais, par la division qu'il établit entre les deux lignes paternelle et maternelle (art. 733), le législateur fait une large part au principe de la conservation des biens dans les familles. Sans cette division, tous les biens que le défunt tenait de ses parents paternels auraient pu passer à ses parents maternels, ou réciproquement. Grâce à elle, chaque ligne recueillera la moitié au moins de la valeur des biens qui proviennent d'elle, et le risque qu'elle court de perdre l'autre moitié est compensé par la chance qu'elle a de recueillir une moitié des biens provenant de l'autre ligne.

SECTION II

DE LA REPRÉSENTATION

I. *Généralités.*

67. On peut succéder de deux manières : *de son chef* ou *par représentation*. Succéder *de son chef*, c'est venir à la succession *proprio nomine*, par suite du rang que l'on occupe soi-même réellement, effectivement, dans la famille du défunt. Succéder *par représentation*, c'est venir en empruntant le rang d'une autre personne décédée, à laquelle on se substitue en vertu de la permission de la loi.

Eclaircissons cette notion de la représentation par une espèce. Un père de famille vient à mourir, laissant un fils, et un petit-fils issu d'un autre enfant prédécédé. Le fils et le petit-fils appartiennent l'un et l'autre à l'ordre des descendants, appelé en première ligne à la succession du défunt. Mais ils n'y occupent pas le même rang : le fils est au premier degré, le petit-fils au deuxième, et la règle que dans chaque ordre le parent le plus proche succède par préférence au plus éloigné, aurait conduit à attribuer toute la succession au fils à l'exclusion du petit-fils. Quand les principes engendrent de telles conséquences, la loi doit les répudier. Le petit-fils a pris dans l'affection de son aïeul la place qu'y occupait son père; pourquoi ne prendrait-il pas aussi la place qui était réservée à celui-ci dans sa succession? N'est-ce pas conforme à ce grand principe de la matière, que les successions doivent être déférées d'après l'ordre présumé des affections du défunt? D'autre part est-il juste que la mort prématurée du fils prive le petit-fils de la part de succession que son père lui aurait transmise après l'avoir recueillie, si les décès s'étaient produits dans leur ordre naturel? Le législateur ne l'a pas pensé : il accorde au petit-fils le bénéfice de la *représentation*, qui lui permettra de venir occuper la place laissée vacante par la mort de son père et de partager ainsi la succession avec le fils survivant du défunt, son oncle à lui.

68. Définition. — Nous venons de donner une idée de la représentation; l'art. 739 nous en offre la définition : « *La représentation est* » *une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants* » *dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté* ».

= *Une* FICTION *de la loi.* Il faut en conclure que les dispositions relatives à cette matière doivent recevoir l'interprétation restrictive ; car tout est de droit étroit en matière de fictions.

= *Dans la* PLACE, *dans le* DEGRÉ *et dans les* DROITS *du représenté.* Il aurait peut-être suffi de dire : « dans le *degré* » ; car la *place* se confond avec le *degré,* et les *droits* sont attachés au degré. D'ailleurs il est bien évident que, lorsque la loi parle des droits *du représenté,* elle entend dire : les droits *que le représenté aurait eus s'il eût survécu ;* car le représenté, étant mort, ne peut plus avoir aucun droit.

Le représentant n'est pas subrogé à tous les droits du représenté indistinctement, mais seulement à ses droits dans la succession dont il s'agit. D'autre part, les droits du représenté dans la succession étant juridiquement inséparables de ses obligations par rapport à cette même succession, le représentant est nécessairement tenu de ces dernières. L'art. 848 ne fait que tirer une conséquence de ce principe, quand il impose au représentant l'obligation de rapporter à la succession les dons que le représenté a reçus du défunt.

Les droits que le représentant est appelé à exercer sont ceux du représenté (art. 739) ; mais il les tient de la loi, et non du représenté : il n'est pas l'ayant cause de celui-ci. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes : 1° « *On peut » représenter celui à la succession duquel on a renoncé* » (art. 744 al. 2). Ainsi je pourrai représenter mon père décédé, à la succession duquel j'ai renoncé, pour arriver à la succession de mon aïeul en concours avec mon oncle ; 2° on peut représenter celui de la succession duquel on a été écarté comme indigne ; 3° le représentant n'est pas obligé, en cette qualité, de payer les dettes du représenté ; 4° on peut représenter une personne lors du décès de laquelle on n'était pas encore conçu. Ainsi un enfant, conçu après la mort de son aïeul, pourrait représenter celui-ci pour arriver à la succession de son bisaïeul.

69. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à la représentation. — Elles sont au nombre de trois :

1° Il faut que le représentant soit un descendant du représenté (arg. art. 740 et 742).

2° Le représentant doit avoir l'aptitude personnelle requise pour succéder au défunt. En effet, quand même il serait vrai, comme on le dit quelquefois, que la fiction de la représentation fait revivre le représenté dans la personne du représentant, en définitive ce n'est pas le représenté qui succède, c'est le représentant ; il doit donc être personnellement apte à recueillir la succession. En d'autres termes, celui-là seul peut succéder par représentation, qui serait apte à succéder de son chef s'il se trouvait être l'héritier le plus proche en degré. Cette condition étant essentielle, on peut regretter que la loi ne l'ait pas indiquée dans la definition qu'elle donne de la *représentation.*

De là nous tirerons les déductions suivantes : 1° pour succéder par représentation, comme pour succéder de son chef, il faut n'être ni incapable ni indigne ; 2° l'adopté ne peut succéder au père de l'adoptant par représentation de celui-ci, car il ne pourrait pas lui succéder de son propre chef (art. 350) ; 3° pour le même motif, un enfant naturel ne peut pas représenter son père, pour arriver à la succes-

sion du père de celui-ci. Au contraire, on verra qu'un enfant naturel pourrait être représenté par ses descendants légitimes dans la succession de son père.

3e Il faut que le représenté soit décédé lors de l'ouverture de la succession. Aux termes de l'art. 744 al. 1 : « *On ne représente pas les per-* » *sonnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes* [*naturellement* » *ou civilement*] ».

Voici deux applications de ce principe :

La première est contenue dans l'art. 787 1re partie : « *On ne vient jamais* » *par représentation d'un héritier qui a renoncé* ». Celui qui a renoncé à la succession était nécessairement vivant lors de son ouverture (arg. art. 791) ; il résultait donc très nettement de l'art. 744 al. 1, qu'il ne peut pas être représenté, et la loi aurait pu se dispenser de le dire. Peut-être a-t-elle cru nécessaire de s'expliquer sur ce point, parce que, dans notre ancien droit, le principe qu'on ne représente pas un héritier renonçant, souffrait certaines restrictions qu'elle voulait faire disparaître.

* Au surplus, ce n'est pas qu'il soit bien facile de justifier la règle qu'on ne peut pas représenter un héritier qui a renoncé. On dit que, par la représentation, l'héritier vient occuper le degré du représenté, qu'il faut donc que ce degré soit vacant, et qu'il ne l'est pas quand l'héritier est vivant, eût-il renoncé. C'est oublier qu'aux termes de l'art. 785 : « L'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été » héritier ». Le degré, la place qu'occupait l'héritier devient donc vacante par la renonciation, et on ne voit pas où est l'obstacle à ce qu'un autre vienne l'occuper par la représentation. La véritable raison ne serait-elle pas que le représentant exerce les droits du représenté ? ce qui suppose que le représenté ne les a pas exercés lui-même. Or cette condition est bien remplie, lorsque le représenté est mort avant l'ouverture de la succession ; mais elle ne l'est pas, quand, ayant survécu, il a renoncé ; car en renonçant il a exercé son droit, et nul ne peut venir désormais l'exercer de son chef.

La deuxième application du principe qu'on ne représente pas les personnes vivantes a lieu au cas d'indignité. L'héritier, qui a survécu au défunt et qui a été exclu de sa succession comme indigne, ne peut pas être représenté par ses enfants, parce qu'il est vivant ou qu'il l'était lors de l'ouverture.

* Cette application est incontestable et incontestée. Ce qui est plus douteux, c'est que l'art. 730 1re partie, ainsi conçu : « Les enfants de l'indigne, venant à la succes- » sion de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour » la faute de leur père », ait été écrit en vue de la consacrer, ainsi que le soutient un parti important dans la doctrine. Le moindre reproche que l'on puisse adresser à cette interprétation, c'est de faire dire à l'art. 730 une chose inutile ; car nous avons des exemples de dispositions de ce genre, et nous venons précisément d'en trouver un dans l'art. 744. Elle a le tort beaucoup plus grave de prêter un non-sens au législateur. En disant que les enfants de l'indigne ne sont pas exclus pour la faute de leur père, quand ils viennent à la succession de leur chef *et sans le secours de la représentation,* l'art. 730 nous donne très clairement à entendre qu'ils sont exclus pour cette même faute, s'ils ne peuvent arriver que moyennant le secours de la représentation. Les mots « de leur chef, et *sans le secours de la* » *représentation* » n'auraient aucun sens, si les enfants ne pouvaient pas plus être

exclus pour la faute de leur père dans le dernier cas que dans le premier ; et, si telle avait été l'idée du législateur, il serait inconcevable qu'il n'eût pas dit tout simplement : les enfants de l'indigne ne pourront pas être exclus pour la faute de leur père. Ainsi donc notre article exclut les enfants de l'indigne, quand ils ne peuvent venir à la succession que moyennant le secours de la représentation. Cela paraît certain. Maintenant, quand peut-il être question pour les enfants de l'indigne de venir à la succession par représentation de leur père ? Lorsque celui-ci est décédé, bien évidemment ; car on ne représente pas les personnes vivantes (art. 744). Donc, quand notre article exclut pour la faute de leur père les enfants de l'indigne venant à la succession par représentation de celui-ci, il n'entend pas exclure, comme on le prétend, les enfants de l'indigne vivant, mais bien les enfants de l'indigne décédé. En deux mots, dire que les enfants de l'indigne seront exclus pour la faute de leur père quand ils viennent par représentation de celui-ci, c'est supposer qu'ils peuvent venir par représentation ; or ils ne le peuvent que quand l'indigne est mort avant l'ouverture de la succession ; donc c'est dans cette hypothèse que la loi les exclut. D'ailleurs le représentant ne saurait avoir plus de droits que le représenté (arg. de ces mots de l'art. 739 : « dans les droits du représenté »). Or le représenté n'aurait eu aucun droit s'il eût survécu, puisqu'il est mort en état d'indignité. Donc on n'en peut excercer aucun de son chef.

* On objecte que l'indignité n'est pas encourue de plein droit, que par conséquent l'héritier mort avant l'ouverture de la succession n'est pas mort indigne. — Il est vrai ! Mais la sentence judiciaire survenue après sa mort a *constaté* son indignité ; et, comme tous les jugements qui constatent des faits, elle produit un effet rétroactif, de sorte que, cette décision judiciaire une fois rendue, il est légalement vrai de dire que l'héritier est mort indigne.

* On objecte encore que, dans sa partie finale, la loi suppose l'indigne vivant, puisqu'elle lui refuse l'exercice du droit d'usufruit légal. — Sans doute ; mais la loi statue ici en vue du cas qu'elle résout *explicitement*, celui où les enfants succèdent de leur chef à la place de leur père, et non en vue de celui qu'elle résout *implicitement*, qui est celui où les enfants de l'indigne voudraient venir à la succession par représentation.

II. *Dans quelles successions la représentation est admise.*

70. La représentation est admise en ligne directe descendante, et, en ligne collatérale, au profit des descendants de frères ou sœurs seulement, jamais en ligne ascendante.

A. *De la représentation en ligne directe descendante.*

71. « *La représentation a lieu à l'infini en ligne directe descendante* », dit l'art. 740 al. 1. Le père, qui a le malheur de perdre son fils, concentre toute l'affection qu'il avait pour celui-ci sur les enfants de ce fils, après la mort de ceux-ci, sur leurs enfants. Conformément au principe que les successions doivent être déférées d'après l'ordre présumé des affections du défunt, les descendants devaient donc être admis à remplacer leurs auteurs prédécédés dans la succession de leurs ascendants.

En ligne directe descendante, la représentation a lieu *à l'infini*, c'est-à-dire au profit de tous les descendants, quel que soit leur degré, mais à la condition toutefois que tous les degrés intermédiaires qu'il faut franchir pour arriver en rang utile

soient vacants ; car on ne représente pas *per saltum, omisso medio.* Ainsi un arrière-petit-fils ne pourra pas venir par représentation à la succession de son bisaïeul en concurrence avec son grand-oncle, si son père ou son aïeul est renonçant ou indigne.

D'ailleurs, en ligne directe descendante, la représentation « *est » admise dans tous les cas, soit que les enfants du défunt, concourent avec » les descendants d'un enfant prédécédé, soit que tous les enfants du défunt » étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre » eux en degrés égaux ou inégaux* » (art. 740 al. 2). Nous retrouverons cette disposition en parlant du partage par souche auquel la représentation donne lieu.

B. *De la représentation en ligne collatérale.*

72. « *En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des » enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt* » (art. 742 1re partie). Ainsi le défunt laisse un frère, et un neveu issu d'un autre frère prédécédé. Le neveu montera par la représentation au degré qu'occupait son père, et viendra partager la succession avec son oncle. La représentation a lieu d'ailleurs à l'infini, ici comme en ligne directe, par conséquent au profit des neveux, petits-neveux arrière-petits-neveux. Elle a lieu également, toujours comme en ligne directe, « *soit qu'ils vien- » nent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que » tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve » dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux* » (art. 742 *in fine*).

Mais les descendants de frères ou sœurs sont les seuls collatéraux, au profit desquels le bénéfice de la représentation existe ; elle n'aurait donc pas lieu en faveur des descendants de cousins germains, ni à plus forte raison en faveur des descendants de cousins plus éloignés. Ainsi, le défunt laissant comme plus proches parents un cousin germain, et un neveu à la mode de Bretagne, fils d'un autre cousin germain décédé, ce neveu ne pourra pas par la représentation monter dans le degré de son père, et recueillir la part que celui-ci aurait pu réclamer lui-même s'il eût survécu. La succession appartiendra donc en totalité au cousin germain survivant.

En admettant la représentation en ligne collatérale au profit de tous les descendants de frères ou sœurs *in infinitum,* et à leur profit seulement, le législateur du code civil a pris un juste milieu entre le système trop restrictif de la novelle 118, qui n'accordait le droit de représentation qu'aux neveux et nièces, et le système beaucoup trop extensif de la loi du 17 nivôse de l'an II, qui admettait la représentation en ligne collatérale sans aucune limitation. La sage restriction établie par le code civil, a d'ailleurs une autre raison d'être que celle d'éviter les complications infinies, auxquelles pouvait donner lieu le système de la loi du 17 nivôse de l'an II. Le neveu remplace dans notre affection le frère dont il est issu, lorsque la mort a fait disparaître celui-ci de la scène, et il en est de même du petit-neveu après la mort

du neveu. Ce qui est vrai des petits-fils, arrière-petit-fils..., qui forment notre descendance directe, l'est aussi des neveux, petits-neveux..., qui composent notre *descendance collatérale*. Mais peut-on en dire autant des autres collatéraux? Quand ils meurent, notre affection pour eux se reporte-t-elle sur leurs enfants ?

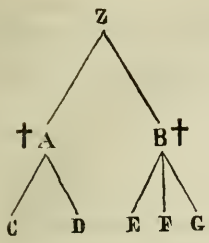
73. Un motif analogue a fait proscrire la représentation en ligne directe ascendante. Aux termes de l'art. 741 : « *La représentation n'a pas lieu en faveur des » ascendants; le plus proche, dans chacune des deux lignes, exclut toujours le plus » éloigné* ». L'affection descend, elle ne remonte pas. C'est un proverbe, et les proverbes expriment en général des vérités incontestées. Voilà pourquoi la représentation n'a pas lieu en ligne directe ascendante. Ainsi, le défunt laissant comme plus proches parents un aïeul et un bisaïeul paternels, le bisaïeul ne pourra pas venir à la succession, en concurrence avec l'aïeul, par représentation de l'aïeule prédécédée. Le petit-fils qui perd son aïeule ne reporte pas l'affection qu'il avait pour elle sur ses bisaïeuls. « La successibilité des descendants, a dit l'orateur du Tribunat, est autant naturelle que légitime; mais celle des ascendants est contraire à la marche ordinaire des événements. On croit voir un fleuve remonter vers sa source; l'ordre de la nature est troublé; il n'y aura donc pas de représentation pour ce cas extraordinaire ».

III. *Effets de la représentation.*

74. La représentation a pour effet de faire arriver à la succession, en leur permettant de monter dans le degré qui appartenait à une personne décédée, des parents du défunt, qui, sans ce secours, auraient été exclus par des héritiers d'un degré plus rapproché. Elle donne lieu au partage *par souche*. Le partage par souche consiste à faire autant de lots qu'il y a de *souches copartageantes*, ou autrement dit autant de lots qu'il y a d'unités dans le degré qui succède. Si une même souche a produit plusieurs branches, on divise le lot afférent à cette souche en autant de parties qu'il y a de branches, et, si une même branche a produit plusieurs rameaux, on divise la portion afférente à cette branche en autant de parts qu'il y a de rameaux. Ainsi de suite. C'est ce qui résulte de l'art. 743, ainsi conçu : « *Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche : si une même » souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par » souche dans chaque branche, et les membres de la même branche » partagent entre eux par tête* ».

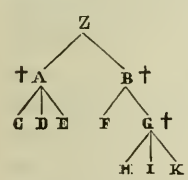
Eclaircissons ce point par quelques exemples. Dans chacun des tableaux qui vont passer sous les yeux du lecteur, le défunt est représenté par la lettre Z; la croix indique une personne prédécédée.

Première espèce. Le défunt laisse un fils A et deux petits-fils C et D issus d'un fils B prédécédé. Il y a ici deux souches copartageantes, A et B. On fera deux lots égaux, dont un sera attribué à A, et l'autre partagé par moitié entre C et D qui viennent par représentation de leur père B. C'est la première hypothèse prévue par l'art. 740 (enfants du défunt concourant avec les descendants d'un enfant prédécédé).

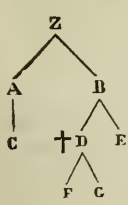


Deuxième espèce. Le *de cujus* laisse cinq petits enfants, dont deux, C et D, issus de A prédécédé, et les trois autres, E, F, G, issus de B prédécédé également. On fait encore ici deux lots pour chacune des souches copartageantes A et B. On partage le premier entre C et D, représentants de A, et l'autre entre E, F et G, représentants de B. C'est la deuxième espèce prévue par l'art. 740 : « soit que tous les » enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants » desdits enfants se trouvent entre eux en degrés *égaux* ». L'article ajoute : « ou *inégaux* » ; c'est la troisième espèce, qu'il nous reste à exposer.

* Mais auparavant réglons une petite difficulté à laquelle peut donner lieu l'hypothèse qui nous occupe. Supposons, modifiant un peu l'espèce figurée dans le tableau qui précède, que B n'ait laissé en mourant que deux enfants E et F. Le *de cujus* laisse donc quatre petits-enfants, dont deux issus de A prédécédé, et deux de B prédécédé également. Faudra-t-il encore maintenir dans cette hypothèse le principe de la représentation et le partage par souche qu'elle engendre ? Au premier abord on n'en voit pas l'utilité, et il semble plus simple de décider que les quatre petits-enfants viendront de leur chef et partageront par tête. N'est-ce pas la même chose de faire tout d'abord quatre lots, ou d'en faire deux pour les diviser ensuite chacun en deux parties égales ? — Il faut cependant maintenir le principe, car la loi ne distingue pas. On y voit d'ailleurs un double intérêt : 1° le principe de la représentation étant admis, il en résultera que les descendants devront rapporter les dons faits à leur père par le défunt ; ils seraient dispensés de ce rapport, au contraire, s'ils venaient de leur chef (art. 848) ; 2° si l'un des descendants renonce, sa part accroîtra à la souche dont il forme une branche ; elle accroîtrait au contraire à tous les héritiers indistinctement, si, dans l'espèce, les descendants étaient appelés de leur chef.



Troisième espèce. Il y a toujours, dans l'espèce figurée au tableau ci-contre, deux souches copartageantes, A et B. Donc on doit faire deux lots égaux. Le lot attribué à la souche A se divisera en trois parties égales qui seront attribuées à C, D et E. Quant au lot attribué à la souche B, il faudra le diviser en deux parties, dont une sera attribuée à F, et l'autre subdivisée par portions égales entre les trois arrière-petits-fils, H, I, K, enfants de G prédécédé.



Dernière espèce. L'un des fils du défunt, A, est renonçant, l'autre, B, indigne. Par conséquent ni l'un ni l'autre ne peut être représenté. Le premier degré ne fournissant ainsi aucun parent apte à recueillir la succession, et personne ne pouvant venir occuper ce degré par la représentation (arg. art. 744), la succession est déférée au degré subséquent. A ce degré on trouve C et E petit-fils du défunt. Recueilleront-ils la succession à l'exclusion de F et G, arrière-petits-fils issus de D prédécédé ? Non, parce que F et G monteront par la représentation dans le degré qu'occupait D. Finalement donc, C et E prendront chacun un tiers, et le dernier tiers se partagera entre F et G représentants de D. Les trois souches copartageantes sont ici C, D et E, parce qu'ils constituent les trois unités que l'on rencontre dans le degré appelé à la succession.

Si, au lieu de supposer A renoncant, on le suppose prédécédé, la succession tout entière reviendra à son fils C, qui, par la représentation, montera dans le premier degré, auquel ne peuvent parvenir les autres descendants issus de B indigne.

A la place d'enfants du défunt, mettez des frères ou sœurs dans les différentes espèces qui viennent d'être proposées, et vous aurez les diverses hypothèses prévues par l'art. 742.

75. Différences entre la représentation et la transmission. — V. *infra* n.n. 166 et 167.

SECTIONS III, IV ET V

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX DESCENDANTS. — DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ASCENDANTS. — DES SUCCESSIONS COLLATÉRALES

76. Nous réunissons ces trois sections, parce qu'elles sont relatives à un même ordre d'idées, et que d'ailleurs l'absence de toute méthode dans la disposition et la répartition des articles qu'elles contiennent nous obligera à de fréquentes interversions.

L'objet de ces trois sections est la désignation de l'héritier du défunt. Nous connaissons déjà les grandes lignes du système adopté sur ce point par notre législateur. Il établit d'abord divers ordres d'héritiers. L'art. 731 en indique trois ; mais nous avons déjà dit (*supra* n. 65) qu'il en existe quatre en réalité, échelonnés les uns au-dessous des autres dans l'ordre suivant : 1° descendants ; 2° collatéraux privilégiés ; 3° ascendants ; 4° collatéraux ordinaires. Chacun de ces ordres, en principe, n'est appelé à la succession qu'à défaut de celui qui précède (1). La proximité du degré de parenté est donc indifférente d'un ordre à l'autre. C'est ainsi qu'un petit-fils du défunt, qui est au deuxième degré, exclut le père de celui-ci, qui est au premier, parce que le petit-fils appartient au premier ordre, et le père au deuxième. Entre parents appartenant au même ordre, la préférence est accordée au plus proche en degré ; les parents du même degré sont admis concurremment, et partagent par tête ; sauf, sur ces deux derniers points, ce qui a été dit au sujet de la représentation, qui d'une part permet à des héritiers précédés par d'autres d'un degré plus rapproché de succéder concurremment avec eux, et qui d'autre part donne lieu au partage par souche.

PREMIER ORDRE : DESCENDANTS

77. L'ordre le plus favorable est celui des descendants, *quum prima causa sit suorum heredum,* dit la loi romaine ; il exclut tous les autres. « *Les enfants ou leurs descendants* », dit l'art. 745 al. 1, « *succèdent à*

(1) Cette proposition toutefois ne doit pas être isolée de la règle du partage par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle, lorsqu'il s'agit d'une succession dévolue à des ascendants ou à des collatéraux. Il y a alors comme deux successions distinctes à considérer, dans chacune desquelles il faut observer la hiérarchie des divers ordres. Ainsi c'est seulement dans la ligne à laquelle il appartient qu'un ascendant exclura un collatéral ordinaire ; il n'exclurait pas les collatéraux de l'autre ligne.

» *leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants, sans distinc-* » *tion de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de diffé-* » *rents mariages* ».

= *Les enfants ou leurs descendants.* Il ne s'agit que des enfants ou descendants légitimes, auxquels il y a lieu d'assimiler les enfants légitimés et leurs descendants (art. 333), et aussi les enfants adoptifs (art. 350), mais non leurs descendants (voyez t. I, n. 946). Quant aux enfants naturels, leurs droits sont réglés par les art. 756 et s.

= *Sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages.* Notre article consacre ainsi l'abolition, prononcée par les lois révolutionnaires, des divers privilèges admis dans notre droit coutumier (*supra* n. 64). Désormais les *femelles* (cout. de Normandie) succèderont comme les mâles, les puînés comme les aînés. Enfin cette circonstance, que les enfants d'un même père ou d'une même mère sont issus de différents mariages, ne sera plus une cause d'inégalité entre eux.

Notre article ajoute : « *Ils succèdent par égales portions et par tête,* » *quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef : ils* » *succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par repré-* » *sentation* ».

Les mots « quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef » signifient : quand ils sont tous au premier degré, et quand, étant d'un degré plus éloigné, ils sont appelés de leur chef. On aurait exprimé cette idée beaucoup plus clairement, en substituant la disjonctive *ou* à la conjonctive *et*, mieux encore en disant simplement : quand ils sont tous appelés de leur chef.

DEUXIÈME ORDRE : COLLATÉRAUX PRIVILÉGIÉS.

78. La nécessité d'intercaler cet ordre entre celui des descendants et celui des ascendants résulte de l'art. 750.

Les collatéraux privilégiés sont les frères et sœurs du défunt et leur descendance. S'il n'y a pas de descendants du défunt, la succession leur est dévolue en totalité, à l'exclusion de tous autres héritiers, sauf cependant les ascendants privilégiés (père et mère du défunt) qui sont admis à concourir avec eux. Nous avons donc à examiner successivement le cas où les collatéraux privilégiés viennent seuls, et celui où ils viennent en concours avec des ascendants privilégiés.

Première hypothèse. — Le défunt ne laisse pas d'ascendant privilégié. Les collatéraux privilégiés recueillent alors la succession tout entière, à l'exclusion de tous autres parents, soit ascendants, soit collatéraux. « *En cas de prédécès des père et mère d'une personne* » *morte sans postérité* », dit l'art. 750 al. 1, « *ses frères, sœurs ou leurs* » *descendants sont appelés à la succession, à l'exclusion des ascendants* » *et des autres collatéraux* ». Et remarquez que ce privilège appartient,

non seulement aux frères et sœurs germains du défunt, mais aussi à ses frères utérins ou consanguins, et à leur descendance. Ainsi un frère utérin du défunt recueillera toute la succession, à l'exclusion de tous autres parents (ascendants ou collatéraux), même de ceux de la ligne paternelle à laquelle il n'appartient pas. C'est ce qui résulte, à n'en pas douter, non seulement de la généralité des termes de notre article, qui fournit à cet égard un argument d'autant plus décisif que sa rédaction primitive visait seulement les frères *germains,* mais aussi de l'art. 752 *in fine,* ainsi conçu : « s'il n'y a de frères ou sœurs » que d'un côté, ils succèdent *à la totalité,* à l'exclusion de tous autres » parents de l'autre ligne ». Exception remarquable au principe de la division entre les deux lignes, que l'art. 733, en formulant le principe lui-même, nous avait déjà annoncée par ces mots : « sauf ce qui sera » dit à l'art. 752 ».

Deuxième hypothèse. — Les collatéraux privilégiés trouvent en face d'eux les père et mère du défunt (ascendants privilégiés) ou l'un d'eux. Un concours va s'établir entre les deux catégories de privilégiés. Chaque ascendant privilégié a droit à un quart ; le reste, c'est-à-dire la moitié s'il y a deux ascendants privilégiés, et les trois quarts s'il n'y en a qu'un seul, revient aux collatéraux privilégiés qui le partagent entre eux par tête ou par souche suivant les cas. Cette formule est beaucoup plus simple que celle des art. 748, 749 et 751, ainsi conçus :

Art. 748. *Lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre eux également. L'autre moitié appartient aux frères, sœurs, ou descendants d'eux, ainsi qu'il sera expliqué dans la section V du présent chapitre.*

Art. 749. *Dans le cas où la personne morte sans postérité laisse des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, si le père ou la mère est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue conformément au présent article, se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs ou à leurs représentants, ainsi qu'il sera expliqué à la section V du présent chapitre.*

Au cas de prédécès il faut assimiler celui de la renonciation ou de l'indignité de l'un des père et mère (arg. art. 749 et 785). L'autre n'aurait donc droit qu'au quart.

Art. 751. *Si les père et mère de la personne morte sans postérité lui ont survécu, ses frères, sœurs ou leurs représentants ne sont appelés qu'à la moitié de la succession. Si le père ou la mère seulement a survécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts.*

Ce dernier article n'est qu'une répétition inutile des art. 748 et 749.

Notons encore ici une grave dérogation à l'art. 733. Le plus souvent l'application des dispositions que nous venons de transcrire détruira l'équilibre, que la loi établit en principe entre les deux lignes de parenté. Ainsi, le défunt ayant laissé son

père, sa mère et un frère utérin, il arrivera que la ligne maternelle recueillera les trois quarts. Mettez un frère consanguin à la place du frère utérin, et la balance penchera du côté de la ligne paternelle. Un résultat semblable se produit au cas où le défunt laisse son père et un frère utérin, ou sa mère et un frère consanguin. Dans l'un et l'autre cas, le frère à droit aux trois quarts, et la ligne à laquelle il appartient se trouve ainsi avantagée.

79. Il reste à savoir comment les collatéraux privilégiés, quand il y en aura plusieurs, se partageront la succession ou la portion de succession qui leur est dévolue d'après les règles ci-dessus. Ce point est régi par les art. 750 al. 2 et 752. Le premier dit : « *Ils succèdent, ou » de leur chef, ou par représentation, ainsi qu'il a été réglé dans la » section II du présent chapitre* ». Nous connaissons déjà ce principe. Voici maintenant l'art. 752 : « *Le partage de la moitié ou des trois quarts* » (ajoutez : ou de la totalité, art. 750) *dévolus aux frères ou sœurs, aux » termes de l'article précédent, s'opère entre eux par égales portions, s'ils » sont tous du même lit; s'ils sont de lits différents, la division se fait » par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt ; » les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins et » consanguins dans leur ligne seulement...* ». Cpr. art. 733.

Ainsi supposons que le défunt laisse, outre son père et sa mère, un frère germain, un frère utérin et un frère consanguin (1). La succession vaut 24. On donne d'abord la moitié, soit 12, au père et à la mère, qui se la partagent également et prennent ainsi chacun 6. Il reste 12 à partager entre les frères. On divise cette portion en deux parties égales : ce qui fait 6 pour chaque ligne. Dans la ligne paternelle se trouvent le frère germain et le frère consanguin ; ils prendront chacun la moitié de la moitié dévolue à leur ligne, soit 3. Dans la ligne maternelle, nous trouvons le frère germain encore et le frère utérin, qui se partageront de la même manière la deuxième moitié, et prendront par conséquent chacun 3. Finalement donc, le père et la mère du défunt auront chacun 6, le frère utérin et le frère consanguin chacun 3, et le frère germain $3 + 3 = 6$.

Remarquez que la loi attribue la qualité de collatéraux privilégiés aux *descendants de frères ou sœurs* comme aux frères ou sœurs eux-mêmes. Ce privilège leur appartient donc *ex persona sua,* et non du chef des frères ou sœurs dont ils sont issus. D'où la conséquence qu'ils peuvent l'invoquer aussi bien lorsqu'ils viennent à la succession de leur chef que lorsqu'ils y viennent par représentation. L'art. 751, il est vrai, parle de frères et sœurs ou de *leurs représentants,* et la même expression se rencontre dans l'art. 749 *in fine.* Mais il est manifeste que, dans ce dernier texte, elle n'a été employée que pour éviter la répétition des expressions *ou des descen-*

(1) C'est ce qui arriverait dans l'espèce suivante : Un homme veuf ayant un enfant d'un premier lit, épouse une femme veuve qui a également un enfant de son premier mariage; deux enfants naissent de cette union, et l'un d'eux vient à mourir. L'enfant du premier lit du père du *de cujus* est son frère *consanguin* ; l'enfant du premier lit de sa mère est son frère *utérin* ; celui qui est né du mariage auquel il doit lui-même le jour est son frère *germain.*

dants d'eux, qui se trouvent déjà une fois dans la première partie de l'article et deux fois dans l'article précédent. Et, quant à l'art. 751, il n'est, nous l'avons vu, qu'une répétition inutile des art. 748 et 749; par suite les mots *ou leurs représentants,* qu'il emploie, doivent avoir le même sens que les mots *ou leurs descendants,* employés par les art. 748 et 749. D'ailleurs il est remarquable que l'art. 750, après avoir dit qu'en cas de prédécès des père et mère les frères, sœurs et leurs descendants sont appelés à l'exclusion de tous autres parents, ajoute qu'ils succèdent *de leur chef* ou par représentation : ce qui lève tous les doutes. Cpr. art. 746.

TROISIÈME ORDRE : ASCENDANTS

80. N'oublions pas qu'ici, comme pour le quatrième ordre, nous avons à tenir compte du principe de la *fente* (art. 733), par suite duquel il y a comme deux successions distinctes à considérer, l'une dévolue à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Ce qui va suivre doit donc être appliqué à chaque ligne séparément.

A défaut de descendants et de collatéraux privilégiés, la loi appelle *dans chaque ligne* les ascendants. Le plus proche en degré recueille la totalité de la part afférente à sa ligne, sans que ceux d'un degré plus éloigné puissent venir par représentation prendre la place de ceux qui sont prédécédés. Les ascendants du même degré partagent par tête. C'est ce que dit l'art. 746, ainsi conçu : « *Si le défunt n'a laissé » ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession se » divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et les » ascendants de la ligne maternelle. — L'ascendant qui se trouve au » degré le plus proche, recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclu- » sion de tous autres. — Les ascendants au même degré succèdent par » tête* ».

Ainsi le défunt, qui n'a ni enfants ni frères ni sœurs ni descendants d'eux, laisse son père et sa mère; chacun prendra la moitié de la succession. Supposons que, sa mère étant prédécédée, il laisse son père et ses deux aïeuls maternels; le père prendra une moitié, et les deux aïeuls maternels se partageront l'autre. Si le défunt laisse un aïeul maternel et trois bisaïeuls paternels, les autres ascendants plus proches ou du même degré, soit du côté paternel, soit du côté maternel, étant prédécédés, une moitié reviendra à l'aïeul maternel, et l'autre se partagera entre les bisaïeuls paternels.

QUATRIÈME ORDRE : COLLATÉRAUX ORDINAIRES

81. Dans chaque ligne, les collatéraux ordinaires sont appelés à défaut de collatéraux privilégiés et à défaut d'ascendants. Le plus proche succède à l'exclusion du plus éloigné; ceux qui sont au même degré succèdent par tête (arg. art. 753). Ainsi, le défunt ne laissant ni descendants ni collatéraux privilégiés ni ascendants, on trouve comme plus proches collatéraux un oncle dans la ligne paternelle et

trois cousins germains dans la ligne maternelle. L'oncle prendra une moitié, et les trois cousins germains maternels se partageront l'autre. S'il y a des enfants d'un quatrième cousin germain prédécédé, ils seront exclus ; car ils ne peuvent pas invoquer le bénéfice de la représentation (arg. art. 742).

Il reste une hypothèse à prévoir, et elle est de nature à se présenter fréquemment. La règle, que les collatéraux ordinaires ne sont appelés qu'à défaut d'ascendants, s'applique distributivement à chaque ligne de parenté, de sorte que c'est seulement dans la ligne à laquelle il appartient qu'un ascendant exclut les collatéraux ordinaires. Si donc il n'y a d'ascendants que dans une ligne, la part afférente à l'autre ligne sera dévolue aux collatéraux de cette ligne. C'est ce que dit l'art. 753, ainsi conçu : « *A défaut de frères ou sœurs ou de descendants* » *d'eux, et à défaut d'ascendants dans l'une ou l'autre ligne, la succes-* » *sion est déférée pour moitié aux ascendants survivants ; et pour l'autre* » *moitié, aux parents les plus proches de l'autre ligne. — S'il y a concours* » *de parents collatéraux au même degré, ils partagent par tête* ». Ainsi le défunt laisse comme habiles à lui succéder un aïeul paternel et trois cousins germains maternels. L'aïeul prendra la moitié afférente à sa ligne, et les cousins maternels se partageront l'autre moitié.

Toutefois, si l'ascendant qui vient ainsi en concours avec des collatéraux ordinaires de l'autre ligne est un ascendant privilégié, la loi lui donne l'usufruit du tiers de la moitié dévolue à ces collatéraux : « *Dans le cas de l'article précédent,* dit l'art. 754, *le père ou la mère* » *survivant a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en* » *propriété* ». Ainsi le père, venant en concours avec un collatéral maternel au douzième degré, a l'usufruit du tiers de la moitié qui revient à ce collatéral. Cet usufruit a été établi en réponse aux adversaires du système de la fente, qui trouvaient inadmissible qu'un collatéral éloigné pût prendre la moitié de la succession en face du père ou de la mère du défunt. Il est d'ailleurs soumis aux règles du droit commun qui régissent l'usufruit ordinaire, notamment en ce qui concerne l'obligation de fournir caution.

82. Résumé. — Bien que compliqué, le système du code civil relativement aux vocations héréditaires peut être condensé dans quelques mots. Au premier rang viennent les descendants. A leur défaut, la loi appelle les collatéraux privilégiés ; ils excluent tous autres parents, à l'exception toutefois des ascendants privilégiés qui concourent avec eux. S'il n'existe aucun héritier des deux premiers ordres, la loi appelle *dans chaque ligne* les ascendants, qui constituent le troisième ordre, et à leur défaut les collatéraux ordinaires, qui représentent le quatrième et dernier. Il pourra donc y avoir concours des ascendants d'une ligne

avec les collatéraux de l'autre ; au cas où l'ascendant au préjudice duquel ce concours s'établit est un ascendant privilégié, la loi lui accorde l'usufruit du tiers des biens auxquels ils ne succède pas.

Par où l'on voit que le privilège des collatéraux privilégiés consiste à exclure tous autres parents, même ceux de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas, à l'exception des ascendants privilégiés qui concourent avec eux. Quant aux ascendants privilégiés, leur privilège consiste : 1° dans le droit de concourir avec les collatéraux privilégiés, en montant pour ce cas particulier du troisième ordre, auquel ils appartiennent, à celui des collatéraux privilégiés, qui est le second ; 2° dans le droit d'usufruit légal établi par l'art. 754.

83. Aux termes de l'art. 755 al. 1 : « *Les parents au-delà du dou-* » *zième degré ne succèdent pas* ».

Notre ancien droit n'établissait aucune limitation de ce genre. Les parents à un degré quelconque étaient admis à succéder, quand ils n'étaient pas précédés par des parents plus proches. Mais ce système prêtait à une do uble critique. D'abord, au delà d'un certain degré, les relations de parenté s'effacent; du moins elles n'engendrent plus cette affection, qui, dans une législation bien ordonnée, doit servir de base aux vocations héréditaires. D'autre part, la preuve de la parenté, quand le degré est très éloigné, devient d'une extrême difficulté, et doit nécessairement engendrer de nombreux procès. Notre législateur lui-même a-t-il suffisamment tenu compte de cette double considération en adoptant la limitation du douzième degré ? La législation romaine s'arrêtait au sixième degré pour les successions entre cognats, et c'était peut-être plus sage.

« *A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents* » *de l'autre ligne succèdent pour le tout* » (art. 755 al. 2). Il s'agit de la *dévolution*, dont l'art. 733 al. 3 nous a déjà fourni l'occasion de parler (*supra* n. 65).

Appendice. — Du retour successoral.

84. Un aïeul a fait une donation entre vifs à son petit-fils ; celui-ci prédécède sans postérité, et le bien donné se retrouve en nature dans sa succession ; le défunt laisse des héritiers préférables à son aïeul, son père et des frères par exemple. D'après les règles du droit commun, c'est à ceux-ci que la succession tout entière, y compris le bien donné, devrait revenir, à l'exclusion de l'aïeul. Ce résultat ayant paru inique, la loi permet à l'ascendant donateur de succéder *à l'exclusion de tous autres* au bien par lui donné, dérogeant ainsi : 1° à l'art. 732, d'après lequel les successions sont déférées sans aucun égard à l'origine des biens ; 2° à l'art. 733, qui consacre le système de la fente ; 3° enfin à l'art. 746, qui appelle à la succession l'ascendant le plus proche, à l'exclusion du plus éloigné, c'est-à-dire à tous les principes fondamentaux de la matière. Ce droit est régi par l'art. 747, ainsi conçu : « *Les* » *ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux*

» *données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque* » *les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. — Si les* » *objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être* » *dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le dona-* » *taire* ».

Il faut rapprocher de ce texte les art. 351-352 et l'art. 766, qui organisent, les deux premiers au profit de l'adoptant et de ses descendants, le second au profit des frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel, un droit entièrement analogue à celui dont nous allons nous occuper.

« Les ascendants *succèdent* », dit la loi. C'est donc d'un droit de succession qu'il s'agit. Mais, comme il constitue, ainsi qu'on vient de le voir, une véritable anomalie, la doctrine le désigne souvent sous le nom de *succession anomale*. On lui donne aussi le nom de *retour légal* ou *retour successoral*.

Cette dernière expression nous semble préférable. Tout d'abord, elle a l'avantage d'être composée de deux mots empruntés l'un et l'autre à la loi : l'art. 351, qui organise au profit de l'adoptant un droit tout à fait analogue à celui qui va nous occuper, dispose que les biens *retourneront* à l'adoptant ; et notre article dit : « Les ascendants *succèdent* ». Ensuite elle indique bien la nature du droit dont il s'agit, qui, comme le dit Lebrun, « participe du droit de *réversion* et du droit de *succession* » : *du droit* de RÉVERSION ou *retour*, en ce que la loi considère ici l'origine des biens ; — *du droit de* SUCCESSION, car, ainsi qu'on le verra bientôt, et que nous l'a déjà indiqué le mot *succèdent*, l'ascendant donateur est héritier quant aux biens donnés.

Quel que soit le nom qu'on lui donne, il est certain que le droit dont il s'agit est de nature exceptionnelle ; le texte de la loi doit donc recevoir une interprétation restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. C'est à peine si ce principe permet de s'aider, pour l'interprétation de l'art. 747, des dispositions qui régissent les deux autres cas de retour légal admis dans notre droit (art. 351-352 et 766).

85. On donne trois motifs pour justifier le retour successoral établi par l'art. 747. Leur valeur est très contestable. La loi, dit-on tout d'abord, n'a pas voulu qu'à la douleur de perdre son enfant vînt se joindre pour l'ascendant donateur celle de voir les biens par lui donnés passer en d'autres mains. C'est pourquoi elle lui permet de les reprendre *solatii loco*. Ce premier motif, un peu prosaïque, a été emprunté à la loi romaine : *ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret* (L. 6 *pr.*, D., *De jur. dot.*, XXIII, 3). Le suivant a la même origine : L'espoir que la loi donne aux ascendants de reprendre à l'exclusion de tous autres, les biens qu'ils donnent à leurs descendants, pour le cas où ceux-ci prédécéderaient sans postérité, les encouragera à se montrer plus généreux. *Prospiciendum est enim, ne hac injecta formidine, parentum circa liberos munificentia retardetur*, dit la l. 2 C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61. Voici enfin le dernier motif qui est le meilleur : Dans l'intention de l'ascendant donateur, la donation s'adressait

au donataire et à sa postérité; on peut donc facilement admettre que l'ascendant aurait stipulé le droit de retour, s'il eût pu supposer que, contrairement aux lois de la nature, le donataire mourrait avant lui sans postérité. La loi sous-entend ainsi dans la donation une condition, que le donateur n'a peut-être pas voulu prévoir parce que sa réalisation est peu vraisemblable, ou qu'il n'a pas osé exprimer, ne voulant pas accompagner sa libéralité d'un sinistre présage. *Malum omen non est providendum.*

I. *Historique.*

86. Le retour successoral paraît tirer son origine du droit romain (L. 6, pr., D., *De jure dotium.*, XXIII, 3 ; — L. 4, C., *Sol. matr.* V, 18). La dot *profectice,* c'est-à-dire celle constituée à une fille par le père de famille ayant sur elle le droit de puissance, faisait retour au constituant, lorsque la fille venait à mourir avant lui pendant le mariage. *Dos a patre* PROFECTA *ad patrem revertitur.*

De là le retour légal passa dans notre ancien droit, qui l'étendit à tout ascendant donateur ; mais cette institution prit un caractère tout à fait différent dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutume.

Dans la plupart des pays de droit écrit, le retour légal était considéré comme ayant sa base dans une condition résolutoire tacitement stipulée par le donateur pour le cas de prédécès du donataire sans postérité. Cette condition se réalisant, la donation était regardée comme non avenue, et par suite tous les droits consentis par le donataire sur le bien donné étaient rétroactivement anéantis, conformément à la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* En un mot, la condition résolutoire, que l'on supposait *tacitement* stipulée par le donateur, produisait le même effet que celle qu'il aurait stipulée *expressément,* stipulation qui constitue le retour conventionnel (art. 951 et 952).

Au contraire, dans presque tous les pays de coutume, le retour admis au profit de l'ascendant donateur était considéré comme un droit de *succession,* témoin le nom de *réversion* HÉRÉDITAIRE que plusieurs lui donnaient. D'où la conséquence que le retour ne pouvait pas s'effectuer au préjudice des droits conférés par le donataire à des tiers. Tel était bien son caractère notamment dans la coutume de Paris, dont l'art. 313 disait : « Toutefois [les ascendants] *succèdent* ès-choses par eux données à leurs enfans décédans sans enfans et descendans d'eux ». C'est à peu près la formule qu'emploie notre art. 747 ; nous y retrouvons notamment le mot *succèdent.* Et l'on est autorisé à en conclure que, sur ce point comme sur bien d'autres, ce sont les traditions du droit coutumier qui ont inspiré notre législateur. Il faut souvent y recourir pour saisir complètement sa pensée, qui sur plusieurs questions est demeurée fort obscure, à cause du laconisme de l'unique texte, l'art. 747, qu'il nous a donné sur cette matière.

La loi du 17 nivôse de l'an II abrogea par prétérition le droit de retour successoral.

II. *Nature du retour successoral.*

87. Les auteurs s'accordent à peu près pour admettre que le retour organisé par l'art. 747 constitue un droit de *succession.* Outre l'argument tiré du mot *succèdent,* reproduit de l'art. 313 de la coutume de Paris, la place qu'occupe l'art. 747, dans le titre *Des successions,* ne permet guère de douter qu'il ne s'agisse d'un droit héréditaire.

De là résultent plusieurs conséquences, et entre autres les suivantes :

1° Le droit de retour successoral s'ouvre de la même manière que les successions. V. art. 718.

2° L'ascendant donateur ne peut pas, du vivant du donataire, renoncer à son droit de retour (arg. art. 791).

3° Il doit, pour pouvoir acquérir ce droit, réunir les qualités requises pour succéder, c'est-à-dire n'être ni incapable ni indigne.

4° L'ascendant donateur, exerçant le droit de retour successoral, est tenu de respecter les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par le donataire.

La loi le dit expressément au sujet du retour légal accordé à l'adoptant : « *sans préjudice des droits des tiers* », porte l'art. 351 ; et elle a pu se borner à le sous-entendre pour l'ascendant donateur, puisqu'elle en fait un héritier (arg. du mot *succèdent*) et que l'héritier doit respecter tous les droits consentis par son auteur.

En vertu du même principe, l'ascendant donateur n'a droit à aucune indemnité pour les détériorations que le donataire aurait fait subir à la chose donnée.

En doit-il une pour les améliorations? La négative est certaine, s'il s'agit d'une amélioration *naturelle,* telle qu'un accroissement résultant de l'alluvion; car cet accroissement se serait produit au profit de l'ascendant, s'il n'avait pas fait la donation. La solution contraire doit être admise, quoique ce point fasse quelque difficulté, pour les améliorations *provenant du fait du donataire,* comme les constructions. Si l'ascendant donateur pouvait reprendre son bien sans tenir compte de ces améliorations, il reprendrait plus qu'il n'a donné ; or notre article ne permet à l'ascendant de succéder qu'aux choses par lui données.

5° L'ascendant donateur doit contribuer aux charges de la succession du donataire, dettes et legs. La loi le dit expressément pour l'adoptant exerçant le droit de retour légal de l'art. 351, et elle le dit implicitement pour l'ascendant donateur, en déclarant qu'il *succède,* car tout héritier doit contribuer aux dettes. C'était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien droit.

Dans quelle mesure l'ascendant donateur doit-il contribuer aux charges de la succession du donataire? Proportionnellement à l'importance relative des biens auxquels s'applique le retour légal. Ainsi l'ensemble des biens laissés par le donataire, y compris le bien donné, vaut 100,000 fr.; la valeur du bien donné est de 25,000 fr., soit le quart de la masse totale ; l'ascendant contribuera aux charges de la succession pour un quart.

* Et si, par l'effet d'une hypothèque grevant le bien qui lui fait retour, l'ascendant était obligé de payer plus que sa part contributoire dans les dettes, il aurait recours pour l'excédent contre les héritiers, qui recueillent le surplus des biens. Arg. art. 871, 874, 1020 et 1251. Cette solution a été contestée bien à tort.

On admet généralement que l'ascendant donateur, en tant qu'il succède aux biens par lui donnés, doit être considéré comme un héritier *légitime.* En effet, dit-on, l'art. 747, qui organise ce droit de succession, est intercalé parmi les textes consacrés aux successions légitimes. Les auteurs qui contestent cette solution font remarquer que l'adoptant, exerçant le droit de retour légal de l'art. 351, et les frères

légitimes, exerçant le droit de retour légal de l'art. 766, sont certainement des successeurs irréguliers. Pourquoi en serait-il autrement de l'ascendant donateur? On n'en verrait pas la raison. Voici le principal intérêt de la question : si l'on considère l'ascendant donateur comme un héritier légitime, on est conduit nécessairement à décider qu'il a la saisine (art. 724), et qu'il est tenu de sa part des charges de la succession, même *ultra vires,* à moins qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire. Sa situation sera différente à ce double point de vue, si on le tient pour un successeur irrégulier.

88. Distinction de la succession anomale et de la succession ordinaire. — Lorsqu'un ascendant donateur est appelé à exercer le droit de retour successoral établi par l'art. 747, il y a deux successions bien distinctes à considérer; la succession *anomale,* qui s'applique aux biens donnés, et la succession *ordinaire,* qui comprend le surplus des biens du défunt. L'ascendant donateur est appelé à la succession anomale, *à l'exclusion de tous autres.* Ces mots ne figuraient pas dans l'art. 313 de la coutume de Paris; ils ont été ajoutés dans l'art. 747 pour lever certaines difficultés, qui avaient surgi sous l'empire de la coutume. Ainsi on doutait que l'aïeul donateur pût exercer le droit de retour successoral en présence de son fils, père du défunt. Ce doute n'est plus possible aujourd'hui; pour la succession anomale, l'ascendant donateur n'a pas de concurrent à craindre. Quant à la succession ordinaire, comprenant le surplus des biens, elle demeure régie par les règles du droit commun. L'ascendant donateur ne la recueillera donc pas toujours, car il pourra trouver en face de lui des héritiers plus favorables; mais parfois aussi il y sera appelé en même temps qu'à la succession anomale.

* Il faut examiner successivement les deux hypothèses.

* **89.** Première hypothèse. L'ascendant donateur n'est appelé qu'à la succession anomale. Par exemple un aïeul, appelé à succéder aux biens qu'il a donnés à son petit-fils décédé sans postérité, trouve en face de lui pour la succession ordinaire un frère du défunt, qui l'exclut aux termes de l'art. 750. En pareil cas, l'ascendant donateur ne sera pas considéré comme étant le cohéritier de ceux qui recueillent la succession ordinaire; car les cohéritiers sont ceux qui recueillent conjointement une même succession, mais non ceux qui recueillent deux successions distinctes; or tel est notre cas, la succession anomale se séparant complètement de la succession ordinaire.

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes : 1° l'ascendant donateur et l'héritier qui recueille la succession ordinaire ne seraient pas tenus *respectivement* au rapport des libéralités qu'ils auraient reçues du défunt, car le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier (art. 857) ; 2° il n'y a pas indivision entre l'ascendant donateur appelé à la succession anomale et l'héritier appelé à la succession ordinaire ; par suite il n'y a lieu ni à un partage ni à la garantie qui en résulte ; 3° l'ascendant donateur ne pourrait pas exercer le retrait successoral contre celui auquel l'héritier appelé à la succession ordinaire aurait cédé ses droits successifs, ni réciproquement (arg. art. 841); 4° s'il y a plusieurs héritiers appelés à la succession ordinaire, et que l'un d'eux renonce, sa part accroîtra aux autres qui sont ses cohéritiers, mais non à l'ascendant donateur (arg. art. 786).

* **90.** Deuxième hypothèse. En même temps qu'il est appelé à la succession aux biens donnés, l'ascendant donateur est appelé à la succession ordinaire, soit seul, soit en concurrence avec d'autres héritiers. Ainsi un père a fait une donation à son fils ; celui-ci prédécède sans postérité et le bien donné se retrouve en nature dans sa succession ; il laisse comme plus proches héritiers, outre son père, sa mère et des frères ou sœurs. Ici l'ascendant donateur, le père, est appelé, d'une part, à la succession anomale, pour le bien par lui donné, et, d'autre part, à la succession ordinaire, dans laquelle il rencontre comme rivaux la mère du défunt et ses frères. Ce sont là deux droits distincts et indépendants l'un de l'autre, qu'il peut exercer séparément. Il pourra donc, soit accepter la succession anomale et la succession ordinaire, soit les répudier toutes les deux, soit même accepter l'une et répudier l'autre.

Nous disons que l'ascendant donateur peut accepter l'une des successions et répudier l'autre ; quelques explications sont nécessaires sur ce point.

L'ascendant donateur peut tout d'abord accepter la succession anomale et répudier la succession ordinaire. Mais quel intérêt, dira-t-on, peut-il avoir à prendre ce parti ? Si les dettes laissées par le défunt rendent la succession ordinaire mauvaise, elles rendront mauvaise aussi la succession anomale, puisqu'elles se répartissent proportionnellement sur l'une et sur l'autre. Il est vrai ! Mais d'abord il peut se faire que l'ascendant attache un grand prix d'affection au bien donné, et qu'il consente pour le reprendre à payer une part des dettes dépassant sa valeur, sans vouloir pour cela faire un nouveau sacrifice en acceptant la succession ordinaire. D'autre part, si l'ascendant donateur est appelé à la succession ordinaire concurremment avec d'autres héritiers, il peut avoir intérêt à y renoncer pour se soustraire à l'obligation de rapporter à ses cohéritiers les dons ou les legs qui lui auraient été faits par le défunt (arg. art. 843 et 845).

L'ascendant donateur pourrait aussi, à l'inverse, répudier la succession anomale et accepter la succession ordinaire. On objecte que, puisque la répudiation de la succession anomale fait retomber les biens donnés dans la succession ordinaire, il est difficile de comprendre qu'après avoir répudié la succession anomale, sans doute parce qu'elle est mauvaise, l'ascendant donateur puisse avoir intérêt à accepter la succession ordinaire, qui le sera doublement lorsque la succession anomale sera venue s'y confondre. Mais d'abord, en supposant que la famille du *de cujus* mort insolvable soit décidée à faire honneur à ses engagements, on comprend que l'ascendant donateur, qui est appelé à la succession ordinaire concurremment avec d'autres héritiers, cherche la combinaison qui lui sera la moins onéreuse. Or, en répudiant la succession anomale et en acceptant la succession ordinaire pour la part qui lui est dévolue, il diminue sa portion contributoire dans les dettes. Ajoutons que l'ascendant donateur, qui a une réserve dans la succession ordinaire, mais qui, d'après l'opinion générale, n'en a pas dans la succession anomale, pourrait avoir intérêt à répudier la succession anomale pour grossir la succession ordinaire et augmenter ainsi la réserve à laquelle il a droit dans cette dernière (Douai, 6 mai 1870, Sir., 80. 2. 1).

III. *A quelles personnes appartient le droit de retour successoral.*

91. Tout ascendant donateur, quel que soit son degré, est appelé, le cas échéant, à exercer le droit de retour successoral ; donc le bisaïeul ou l'aïeul aussi bien que le père.

L'application de cette règle au père, dans ses rapports avec l'enfant qu'il a légitimé et les descendants de celui-ci, est sans difficulté (arg. art. 333).

Mais s'applique-t-elle aussi au père et à la mère naturels légalement connus ? En

d'autres termes, le père ou la mère, qui fait une donation à son enfant naturel dont la filiation est légalement constatée, peut-il, en cas de prédécès de celui-ci sans postérité, reprendre le bien donné, qui se retrouve en nature dans sa succession, au préjudice de l'autre auteur de l'enfant ? Grave est la controverse sur cette question. La majorité des auteurs admettent l'affirmative. Les motifs, qui justifient le retour légal au profit de l'ascendant légitime, existent, dit-on, avec la même force au profit du père et de la mère naturels ; il faut donc appliquer la règle *Ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet.* A cet argument d'analogie on ajoute un argument *a fortiori* tiré de l'art. 766. Ce texte accorde un droit de retour, analogue à celui de l'art. 747, *aux frères et sœurs légitimes* d'un enfant naturel décédé sans postérité ni père ni mère, c'est-à-dire aux enfants légitimes du père ou de la mère de cet enfant naturel. A plus forte raison, dit-on, un droit semblable doit-il exister au profit des père et mère naturels eux-mêmes. — Nous préférons l'avis de la minorité. Le droit établi par l'art. 747 est un droit d'exception (*supra* n. 84). Conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis,* on ne peut donc l'étendre en dehors du cas spécialement prévu par le législateur. Or tout nous indique qu'il n'a eu ici en vue que les ascendants légitimes : d'abord la place qu'occupe l'art. 747, au cœur des successions légitimes; puis le mot *ascendants,* qui comprend dans sa généralité les aïeuls, bisaïeuls, et prouve par conséquent que le législateur ne songeait pas au cas d'un enfant naturel, qui ne peut avoir d'autres ascendants que ses père et mère (t. I, n. 742).

* D'ailleurs l'argument *a fortiori* qu'on tire de l'art. 766 n'est nullement concluant; car on comprend parfaitement que le législateur ait pu refuser au père et à la mère naturels un droit de retour qu'il accorde après leur décès à leurs enfants légitimes, les père et mère naturels ayant sur les biens de leur enfant un droit de succession ordinaire qui est refusé aux frères et sœurs légitimes. La loi accorde aux père et mère naturels du défunt un droit de succession ordinaire seulement, à leurs enfants légitimes un droit de succession anomale seulement. Qu'y a-t-il d'illogique dans un pareil système ? En tout cas, s'il y a un défaut de concordance dans les dispositions de la loi sur ce point, ce n'est pas à l'interprète de le faire disparaître en violant une de nos règles d'interprétation les plus sûres, celle qui ne permet pas d'étendre une disposition exceptionnelle en dehors de ses termes.

La question qui vient d'être agitée ne présente d'intérêt que lorsque les deux auteurs de l'enfant naturel viennent concurremment à sa succession. Car si celui des deux qui a fait la donation se présente seul, soit parce que l'autre n'est pas légalement connu, soit parce qu'il est prédécédé, soit parce qu'il est renonçant ou indigne, la succession tout entière lui étant déférée (art. 765), qu'importe de savoir s'il peut exercer le droit de retour ?

IV. *A quels biens s'applique le retour successoral.*

92. La loi dit : *aux choses données.* Formule des plus générales, qui comprend les choses mobilières aussi bien que les choses immobilières, les choses incorporelles aussi bien que les choses corporelles.

Le mot *choses* n'a donc plus dans l'art. 747 le sens qu'il avait dans l'art. 313 de la coutume de Paris, où il désignait seulement les *immeubles,* que l'ascendant donateur reprenait, comme héritier aux propres, dans la succession du donataire, par exception à la règle *Propres ne remontent.*

La règle, que le retour successoral s'applique à toutes les choses données, quelle que soit leur nature, semble cependant devoir souffrir exception relativement aux *cadeaux d'usage,* faits à l'époque de la fête, du jour de l'an... Ce ne sont pas là de véritables donations, ainsi qu'on peut l'induire de l'art. 852, qui les dispense du rapport.

V. *Des conditions auxquelles est subordonné l'exercice du droit de retour successoral.*

93. Pour que le droit de retour successoral s'ouvre au profit de l'ascendant donateur, il faut : 1° que le donataire prédécède sans postérité ; 2° que la chose donnée se retrouve en nature dans sa succession.

94. Première condition. *Prédécès du donataire sans postérité.* — La loi suppose avec raison que, dans l'intention de l'ascendant donateur, la donation s'adressait au donataire et à sa postérité. Donc l'existence d'une postérité lors du décès du donataire doit faire obstacle au retour.

Le mot *postérité* comprend certainement les enfants et descendants légitimes du donataire, auxquels il y a lieu d'assimiler ceux qui auraient été légitimés. Toutefois leur présence ne fait obstacle au droit de retour qu'autant qu'ils ne sont ni renonçants ni indignes ; car l'héritier renonçant ou indigne est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785).

Mais la présence d'un seul descendant venant à la succession du donataire forme un obstacle absolu et perpétuel à l'ouverture du droit de retour ; de telle sorte que si ce descendant vient lui-même à mourir sans postérité avant le donateur, le droit de retour ne s'ouvrira pas : il était définitivement défailli. La jurisprudence est constante en ce sens. Et en effet l'art. 747 exige, pour qu'il y ait lieu au droit de retour, que le descendant donataire soit décédé *sans postérité ;* donc, s'il laisse une postérité, le retour ne saurait se produire. Le contraire a lieu il est vrai pour l'adoptant, qui peut exercer le droit de retour, non seulement dans la succession de l'adopté, mais aussi dans celle de ses descendants morts sans postérité. Mais c'est là une particularité du droit de retour de l'adoptant, particularité facile à expliquer d'ailleurs : en effet si, dans cette hypothèse, le retour successoral ne s'ouvrait pas au profit de l'adoptant, les biens donnés sortiraient définitivement de sa famille, puisqu'ils seraient recueillis par des parents de l'adopté, qui sont des étrangers pour l'adoptant. Autre est la situation de l'ascendant donateur, qui, s'il ne peut exercer le retour légal dans la succession des descendants du donataire, ne verra pas du moins passer à des étrangers les biens par lui donnés.

95. Le mot *postérité* de l'art. 747 comprend-il aussi les enfants adoptifs et les enfants naturels? Sur l'un et l'autre point il y a controverse.

En ce qui concerne l'enfant adoptif, la majorité des auteurs admettent que sa présence doit faire obstacle au retour légal comme celle d'un enfant légitime. On induit cette solution de l'art. 350, aux termes duquel : « L'adopté... aura sur la suc- » cession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en ma- » riage... ».

La jurisprudence est fixée en sens contraire, et nous nous joignons à la minorité respectable qui estime qu'il y a lieu de l'encourager à persévérer dans cette voie. Si l'on consulte l'intention probable du donateur, qui sert de base au retour successoral, on est obligé de convenir qu'il n'a disposé qu'en vue du donataire et de sa descendance *réelle,* mais non en vue de sa descendance adoptive qui est une descendance *fictive ;* celle-ci ne doit donc pas faire obstacle au retour. Les textes viennent à l'appui de cette induction. Le mot *postérité,* dans la langue du droit comme dans celle du monde, ne désigne que les personnes qui nous sont unies par les liens du sang en ligne descendante. On dit bien *postérité légitime* ou *postérité natu-*

relle, mais peut-on parler de *postérité adoptive ?* D'ailleurs nous voyons que l'ouverture du droit de retour de l'adoptant est subordonnée au prédécès de l'adopté *sans descendants légitimes* (art. 351). La présence d'un enfant adoptif de l'adopté ne ferait donc pas obstacle au retour légal de l'adoptant; comment ferait-elle dès lors obstacle au retour de l'ascendant, qui est exactement de la même nature? Quant à l'argument tiré de l'art. 350, il repose sur une pétition de principe manifeste. Sans doute l'adopté a les mêmes droits qu'un enfant légitime, sur la succession de l'adoptant ; mais il s'agit de savoir sur quelle succession. Or il est peu vraisemblable que le législateur ait eu en vue la succession anomale de l'art. 747 : il est bien plus probable qu'il ne songeait qu'à la succession *ordinaire,* dont les biens donnés ne font pas partie.

Les arguments, qui viennent d'être produits au sujet de la question précédente, peuvent être invoqués avec une force à peu près égale pour démontrer que la présence d'un enfant naturel reconnu du donataire ne fait pas obstacle au retour légal. Il est vrai que le mot *postérité,* qui, ainsi qu'on vient de le voir, ne comprend pas dans le langage usuel les enfants adoptifs, pourrait paraître comprendre les enfants naturels ; car *lato sensu* ce mot désigne toutes les personnes qui descendent de nous légitimement ou illégitimement. Mais il n'est pas vraisemblable que le législateur l'ait employé en ce sens dans l'art. 747 ; ce texte est en effet enchâssé dans une série d'articles, où le mot *postérité* est certainement employé pour désigner la *postérité légitime.*

* Nous ne parlerons que pour mémoire d'une opinion intermédiaire, basée sur l'art. 757 al. 2 *in medio,* d'après laquelle l'enfant naturel reconnu ferait obstacle à l'exercice du droit de retour légal pour la moitié. On l'a réfutée d'une manière péremptoire par le dilemme suivant : Ou bien le mot *postérité* de l'art. 747 comprend les enfants naturels, et alors leur présence fait obstacle au retour légal pour le tout; ou il ne les comprend pas, et alors leur présence ne saurait aucunement y faire obstacle.

96. DEUXIÈME CONDITION. Il faut que la chose donnée se retrouve *en nature* dans la succession du donataire (art. 747). *En nature,* c'est-à-dire dans son identique individualité. La raison en est que l'ascendant ne succède qu'à ce qu'il a donné. La loi recherche ici l'origine des biens, contrairement aux règles du droit commun. Il faut donc que l'origine du bien que veut reprendre l'ascendant donateur soit certaine, et elle ne l'est, aux yeux du législateur, que lorsque la chose donnée se retrouve en nature. Si donc le donataire l'a aliénée, il n'y aura pas lieu au retour successoral. Peu importe d'ailleurs que l'aliénation soit *à titre gratuit* ou *à titre onéreux.*

En ce qui concerne l'aliénation à titre gratuit, il faut remarquer que celle que le donataire aurait faite par testament rendrait le retour successoral impossible aussi bien que celle qu'il aurait faite par acte entre vifs. En d'autres termes, si le donataire a légué la chose donnée, le retour successoral s'évanouit, aussi bien que s'il l'a donnée entre vifs. On a objecté inutilement que, la donation testamentaire ne produisant effet qu'à la mort du testateur (arg. art. 895), la chose léguée existe encore *en nature* dans le patrimoine du testateur au moment de son décès; d'où résulterait pour l'ascendant donateur le droit de la reprendre. *Matériellement,* oui, la chose est encore dans le patrimoine du testateur, mais *juridiquement* elle n'y figure plus; car, au moment où le testateur a rendu le dernier soupir, la chose léguée est devenue la propriété du légataire (arg. art. 711 et 1014). Or c'est au point de vue juridique qu'il faut se placer pour résoudre la question de savoir si la chose existe ou non *en nature* dans le patrimoine du donataire.

* **97.** Que décider, si le donataire, après avoir aliéné la chose, en est redevenu propriétaire ? L'ascendant donateur pourra-t-il exercer son droit de retour ? Cette question doit être résolue d'après la distinction suivante :

a. Le donataire a-t-il recouvré la propriété de la chose par lui aliénée, *ex causa antiqua* ou *primæva,* c'est-à-dire par suite de la résolution de l'aliénation qu'il avait consentie, comme si, après avoir vendu la chose à *réméré,* il a exercé le rachat dans le délai convenu ? En pareil cas, l'aliénation, que le donataire avait consentie, a été rétroactivement anéantie ; c'est donc comme si elle n'avait jamais existé. D'où la conséquence que l'ascendant donateur pourra exercer son droit de retour comme si la chose n'avait jamais été aliénée.

b. Le donataire, après avoir aliéné la chose, l'a acquise en vertu d'un titre nouveau, *ex causa nova,* en vertu d'une cause qui laisse subsister l'aliénation par lui consentie : par exemple, après avoir donné la chose, il l'a achetée. Le droit de retour ne s'ouvrira pas dans ce cas au profit de l'ascendant donateur. La chose existe en nature, il est vrai, dans le patrimoine du donataire ; mais elle n'y existe pas en tant que chose donnée par l'ascendant ; or l'ascendant donateur ne peut succéder qu'aux choses par lui données (art. 747). Voyez d'ailleurs où nous conduirait la solution contraire. Supposez qu'un enfant ait vendu l'immeuble que lui a donné son père ; son aïeul le rachète, et lui en fait de nouveau donation ; l'enfant prédécède sans postérité. Incontestablement il y a lieu au droit de retour au profit de l'aïeul, car la chose existe en nature dans la succession en tant que chose donnée par lui. Comment faire, si l'on admet que le droit de retour existe aussi au profit du père ?

98. En principe, l'aliénation consentie par le donataire fait défaillir le droit de retour successoral d'une manière absolue. L'ascendant donateur ne peut alors reprendre ni la chose, ni son équivalent, quand bien même il se retrouverait dans le patrimoine du donataire. A cette règle, la loi apporte une double exception.

1° « Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix » qui peut en être dû ». La loi attribue donc aux ascendants *la créance du prix* au lieu et place de la chose qui n'existe plus en nature.

Au cas où le prix consisterait en une rente perpétuelle, l'ascendant succèdera à la rente. On a peine à comprendre que le contraire ait pu être soutenu.

Si le prix a été payé en partie, l'ascendant succède à la portion qui reste due ; il n'a aucun droit à celle qui a été payée du vivant du donataire, car la loi dit qu'il succède au prix *qui peut être dû.*

2° « Ils (les ascendants) succèdent aussi à l'action en reprise que » pouvait avoir le donataire » (art. 747 *in fine*). On appelle *action en reprise* toute action par le moyen de laquelle nous pouvons faire rentrer dans notre patrimoine un bien qui en est sorti. Telle est l'action en rescision d'une vente pour cause de lésion (art. 1674) ; telle encore l'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654), ou l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (art. 954) ou d'ingratitude du donataire (art. 955).

D'une manière générale, les actions en nullité ou rescision, en révocation et en résolution sont des actions en reprise. On doit aussi considérer comme telle l'action qui appartient à la femme, sous les divers régimes nuptiaux, pour obtenir la restitution en nature ou par équipollent des biens qui composent sa dot.

Il est bien entendu que l'ascendant donateur, qui succède à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire, doit satisfaire *de suo* aux diverses prestations que peut nécessiter suivant les cas l'exercice de cette action. Ainsi l'ascendant donateur, qui exercera le droit de rachat en cas de vente à *réméré*, devra rembourser de ses deniers le prix de la vente et les divers accessoires qu'indique l'art. 1673.

Le législateur paraît accorder l'action en reprise à l'ascendant donateur par application de la maxime *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. L'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix est, nous l'avons vu, une action en reprise; elle appartient à ce titre à l'ascendant donateur. Et comme l'action en résolution peut être exercée tant que le prix n'est pas payé, le législateur, tenant compte sans doute du lien qui existe entre la dette du prix et l'action en résolution, a été conduit à attribuer à l'ascendant la créance du prix. Cette disposition est peut-être aussi un souvenir du droit romain, d'après lequel l'acheteur ne devenait pas propriétaire avant le paiement du prix.

99. Le donataire a vendu le bien que lui a donné son ascendant, et il a employé le prix à en acheter un autre qui se retrouve en nature dans sa succession; ou bien il a placé le prix après l'avoir touché; ou enfin ce prix se trouve encore dans son coffre-fort. On demande si l'ascendant peut reprendre la chose nouvellement achetée, ou profiter du placement, ou s'emparer du prix qu'il retrouve. C'est demander si l'on peut étendre en dehors de ses termes une disposition qui déroge au droit commun. La négative est certaine, si l'on s'en tient aux règles les plus élémentaires de l'interprétation. On comprend d'ailleurs à merveille que le législateur ait enfermé dans des limites très étroites le droit de l'ascendant donateur. Il ne faut pas oublier que, dans la succession spéciale dont il s'agit, la loi recherche l'origine des biens, contrairement au principe de l'art. 732. L'ascendant donateur succède *aux biens par lui donnés*. Donc il ne peut pas reprendre d'autres biens à la place de ceux qu'il a donnés. Voilà pourquoi notre article exige que les biens donnés se retrouvent en nature : hypothèse à laquelle il assimile celle où il existe dans la succession une action en reprise, ou une action en paiement du prix, qui peut conduire à une action en reprise par application de la règle *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Là s'arrête le droit de l'ascendant. Aucune extension du texte de la loi ne saurait être admise à son profit dans une matière où l'interprétation restrictive est de rigueur. Aussi ne reconnaîtrions-nous même pas à l'ascendant donateur le droit de reprendre le bien, que le donataire aurait acquis en échange du bien donné.

Voilà ce que semble commander la rigueur des principes. Bien peu d'auteurs y sont demeurés fidèles. Mais il y a dans le camp des dissidents comme une véritable anarchie. La difficulté vient de ce qu'après avoir franchi les limites légales, il a fallu établir des limites *doctrinales* pour l'exercice du droit de retour ; or on est loin de s'entendre à ce sujet. L'un pose en principe que l'on doit autoriser l'ascendant donateur à reprendre dans la succession du donataire, soit le bien donné lui-même, soit toute autre chose qui pourra être considérée comme étant son équivalent positif et certain : par exemple le bien acquis en contre-échange, qui certainement ne se trouverait pas dans la succession du donataire sans la donation faite par l'ascendant, et qui est par conséquent un produit indirect mais certain de cette donation. Puis, l'accord fait sur cette prémisse, chacun applique ensuite le principe à sa manière. D'autres partent de l'idée que le législateur autorise l'ascendant à succéder à la créance du prix et à l'action en reprise, par suite d'une *subrogation réelle ;* aux deux cas admis par le législateur, ils en ajoutent plusieurs autres, ne remarquant pas que la subrogation réelle est de droit étroit, et qu'on ne peut pas l'admettre sans un texte ni l'étendre d'un cas prévu à un autre non prévu. Quelques-uns prennent pour point de départ l'adage *In judiciis universalibus res succedit loco*

pretii et pretium loco rei, sans s'apercevoir que le droit de succession anomale de l'ascendant donateur s'applique à des objets particuliers, *singulæ res,* et que ce n'est point par suite un *judicium universale.* Il y a encore d'autres variantes.

Finalement, le sans-gêne des auteurs, qui ne respectent pas suffisamment le texte de la loi, a engendré la licence de la jurisprudence, qui, elle, semble l'avoir tout à fait oublié. Il a été jugé notamment que, lorsque la donation porte sur une somme d'argent, l'ascendant donateur peut exercer son droit de retour sur l'argent qui se trouve dans la succession du donataire, quelle qu'en soit la provenance, et aussi sur les effets de commerce et les obligations valant numéraire. Que devient alors l'art. 747 ? Le plus sûr est de s'en tenir scrupuleusement au texte de la loi. Voyez sur cette question : Lyon, 24 avril 1871, Sir., 72. 2. 121.

CHAPITRE IV

DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES

100. Nous savons qu'une succession irrégulière est celle que la loi défère à des personnes qui ne sont pas unies au défunt par les liens de la parenté légitime. Nous savons aussi que le code civil, bien qu'il ne mentionne dans l'art. 723 que trois ordres ou classes de successeurs irréguliers, en reconnaît cinq en réalité, savoir : 1° les enfants naturels ; 2° les père et mère naturels ; 3° les frères et sœurs naturels ; 4° le conjoint ; 5° l'Etat. A cette liste on peut ajouter les *hospices* (loi du 15 pluviôse an XIII, art. 8 et 9).

Notre chapitre est divisé en deux sections. La première traite des successions irrégulières basées sur un lien de parenté naturelle, c'est-à-dire de celles déférées : 1° aux enfants naturels du défunt ; 2° à ses père et mère naturels ; 3° à ses frères et sœurs naturels. La seconde traite des successions irrégulières déférées à un autre titre, c'est-à-dire de celles attribuées au conjoint survivant et à l'Etat.

SECTION PREMIÈRE

DES DROITS DES ENFANTS NATURELS SUR LES BIENS DE LEUR PÈRE OU MÈRE, ET DE LA SUCCESSION AUX ENFANTS NATURELS DÉCÉDÉS SANS POSTÉRITÉ.

101. Il résulte de cette rubrique que deux ordres d'idées bien distinctes pr éoccupent ici le législateur : 1° la succession DES *enfants naturels,* c'est-à-dire celle qui est déférée à des enfants naturels (art. 756 à 764) ; 2° la succession AUX *enfants naturels,* c'est-à-dire celle qui est délaissée par un enfant naturel décédé (art. 765 et 766). Dans le premier cas, c'est un enfant naturel qui hérite ; dans le deuxième, c'est de lui qu'on hérite.

Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes distincts.

§ I. *Succession des enfants naturels.*

102. Historique. — A part de très rares exceptions, on tenait pour principe dans notre ancienne jurisprudence, tant en pays de droit écrit qu'en pays de coutume, que « enfans bastards ne succèdent ». Les bâtards n'avaient droit qu'à des aliments. On désignait d'ailleurs sous ce nom tous les enfants nés hors mariage, y compris les enfants adultérins et incestueux.

Notre droit intermédiaire se jeta dans un excès opposé. L'ivresse de l'égalité conduisit alors à une assimilation presque complète des bâtards aux enfants légitimes ; l'art. 2 de la loi du 12 brumaire de l'an II portait : « Leurs droits de successibilité seront les mêmes que ceux des autres enfants ». Cette règle ne souffrait exception que pour les enfants adultérins, au sujet desquels l'art. 13 de la loi précitée disposait : « Il sera accordé aux enfants adultérins à titre d'aliments, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient eu droit s'ils étaient nés dans le mariage ». C'est précisément la part que notre loi attribue aujourd'hui aux enfants naturels simples en concours avec des descendants légitimes. V. art. 757.

Ainsi que le dit Chabot dans l'exposé des motifs, le code civil a pris à l'égard des enfants naturels un juste milieu entre la rigueur excessive de notre ancien droit, qui leur accordait à peine un morceau de pain sur la succession de leurs parents, et les faveurs scandaleuses du droit intermédiaire, qui les assimilait ou à peu près aux enfants légitimes. Il contient deux ordres de dispositions distinctes écrites, les unes en vue des enfants naturels simples (art. 756 à 761), les autres en vue des enfants adultérins ou incestueux (art. 762 à 764). Etudions-les successivement.

N° 1. En ants naturels simples.

I. *Généralités.*

103. Aux termes de l'art. 756 : « *Les enfants naturels ne sont point » héritiers ; la loi ne leur accorde de droit sur les biens de leur père ou » mère décédés que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur » accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère* ».

= *Les enfants naturels ne sont point héritiers.* Ces mots nous paraissent faire allusion à la grande distinction, que le législateur établit dans l'art. 723, entre les *héritiers légitimes* et les *successeurs irréguliers,* les premiers investis de la saisine qui est refusée aux seconds (art. 724). La loi veut donc dire que les enfants naturels ne sont pas des *héritiers légitimes,* mais bien des *successeurs irréguliers,* privés à ce titre de la saisine et obligés en conséquence de demander la délivrance ou l'envoi en possession.

Mais on a étrangement abusé de notre disposition lorsqu'on a voulu en induire que les nombreux textes dans lesquels il est parlé des *héritiers* en général ne sont pas applicables aux enfants naturels. Le plus souvent le législateur emploie le mot *héritiers* dans le sens le plus large, comme désignant toutes les personnes habiles à succéder, notamment dans les art. 786 et 857, et alors il n'y a aucun motif pour restreindre l'application du texte aux seuls héritiers légitimes.

Les enfants naturels ne peuvent réclamer les droits de succession que la loi leur accorde qu'autant qu'ils sont *légalement reconnus :* expression qui comprend les enfants dont la filiation est judiciairement établie (reconnaissance forcée) aussi bien que ceux qui ont été l'objet d'une reconnaissance volontaire. Ce point a été démontré dans notre tome I, n. 917.

La reconnaissance n'établissant de lien qu'entre le père ou la mère dont elle émane et l'enfant à qui elle s'applique, il en résulte que celui-ci n'entre pas dans la famille de ses père et mère; il ne devient pas le parent de leurs parents, et ne peut par suite avoir aucun droit à la succession de ceux-ci, ainsi que le dit l'art. 756 dans sa partie finale. Cpr. t. I, n. n. 906 et 929.

104. Nature du droit accordé aux enfants naturels sur les biens de leurs père ou mère décédés. — Ce devait être primitivement un simple droit de créance, un *jus ad rem.* Les modifications que le projet a subies sur ce point permettent d'affirmer que les auteurs du code civil ont voulu accorder aux enfants naturels, de même qu'aux héritiers légitimes, un droit réel, *jus in re,* sur les biens de leurs père et mère, un droit de *succession* en un mot. Cette solution est confirmée par l'art. 711, qui dispose que « La propriété des biens s'acquiert et se trans- » met *par succession* », sans distinguer entre les successions irrégulières et les successions régulières. L'enfant naturel devient donc, pour la quote-part que la loi lui attribue, propriétaire des biens héréditaires. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° L'enfant naturel peut demander sa part des biens héréditaires *en nature;* les héritiers légitimes avec lesquels il concourt n'auraient pas le droit de le forcer à se contenter d'une somme d'argent.

2° L'enfant naturel peut provoquer le partage (arg. art. 815) et assister à toutes les opérations qu'il nécessite.

3° Il peut contraindre au rapport les héritiers légitimes avec lesquels il concourt (arg. art. 857); il profite de l'accroissement (arg. art. 786), et peut exercer, le cas échéant, le retrait successoral (arg. art. 841).

II. *Montant du droit héréditaire de l'enfant naturel.*

105. Il y a lieu de distinguer à ce sujet si l'enfant naturel se trouve ou non en concours avec des héritiers légitimes du défunt.

A. *L'enfant naturel est en concours avec des héritiers légitimes.*

106. Ce premier cas est prévu et réglé par l'art. 757, ainsi conçu : « *Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés,* » *est réglé ainsi qu'il suit : — Si le père ou la mère a laissé des descen-* » *dants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que* » *l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime; il est de la moitié lors-* » *que les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascen-* » *dants ou des frères ou sœurs; il est des trois quarts lorsque les père ou* » *mère ne laissent ni descendants ni ascendants, ni frères ni sœurs* ».

Trois idées ressortent de la lecture de ce texte : 1° l'enfant naturel reconnu a un droit dans la succession de ses parents, même en présence des héritiers légitimes les plus favorables ; 2° le droit de l'enfant naturel dans la succession de ses père ou mère varie suivant la qualité et quelquefois suivant le nombre des héritiers légitimes que le défunt *laisse,* (art. 757), c'est-à-dire qu'il *laisse comme héritiers.* On ne tiendra donc pas compte des renonçants (arg. art. 785), ni des indignes ; l'esprit de la loi lève tout doute sur ce point ; 3° la loi mesure dans tous les cas le droit de l'enfant naturel sur celui d'un enfant légitime, en ce sens qu'elle lui attribue toujours une quote-part de ce qu'il aurait obtenu s'il eût été légitime ; elle le considère en quelque sorte comme une fraction d'enfant légitime.

Cela posé, l'art. 757 distingue trois hypothèses.

107. Première hypothèse. — *L'enfant naturel vient en concours avec des enfants ou descendants légitimes du défunt.* Il a droit en ce cas au tiers de la portion héréditaire qu'il aurait eue, s'il eût été légitime. Cette formule suffit pour résoudre toutes les hypothèses susceptibles de se présenter. Ainsi le défunt laisse un enfant légitime et un enfant naturel. Nous dirons : Si l'enfant naturel eût été légitime, il aurait eu droit à la moitié de la succession ; il pourra donc réclamer le tiers de la moitié, soit un sixième. On trouverait par le même procédé qu'un enfant naturel en présence de deux enfants légitimes a droit à un neuvième de la succession (le tiers du tiers) qu'il peut réclamer un douzième en présence de trois enfants légitimes, un quinzième en présence de quatre, et ainsi de suite.

Les descendants d'enfants légitimes prédécédés, venant par représentation de leur père, ne comptent que pour la tête de celui-ci dans le calcul de la part de l'enfant naturel. Ainsi, en présence d'un enfant légitime du défunt, et de trois petits-fils issus d'un autre fils prédécédé et venant par représentation de leur père, la part de l'enfant naturel sera la même qu'en présence de deux enfants légitimes, soit un neuvième de la succession.

Supposons que l'enfant naturel se trouve en concours avec les descendants d'un fils unique du défunt, qui est renonçant ou indigne. En pareil cas, si l'enfant naturel eût été légitime, il aurait eu droit à toute la succession, excluant les petits-enfants qui ne peuvent pas monter dans le degré de leur père par la représentation (arg. art. 744) ; c'est donc le tiers de la succession tout entière qui lui revient.

On trouverait de même que l'enfant naturel, qui rencontre en face de lui un fils du défunt et des descendants d'un autre fils renonçant ou indigne, a droit à un sixième de la succession, comme si le défunt n'avait laissé qu'un seul enfant (arg. art. 744).

Jusqu'ici nous avons supposé un seul enfant naturel venant en con-

cours avec un ou plusieurs descendants légitimes. Que décider, s'il y a plusieurs enfants naturels ? Cette question, qui a beaucoup passionné la doctrine, n'a jamais fait l'ombre d'une difficulté dans la jurisprudence, qui la résout de la manière suivante : Il faut supposer pour un moment que tous les enfants naturels sont légitimes *collectivement,* voir ce qui serait revenu à chacun d'eux dans cette hypothèse, et lui attribuer définitivement le tiers de la portion ainsi calculée. Par exemple le défunt laisse un enfant légitime et deux enfants naturels. Si chaque enfant naturel eût été légitime, il y aurait eu trois enfants légitimes venant concurremment à la succession, et chacun aurait pris le tiers. Un tiers, voilà donc ce que chaque enfant naturel aurait eu s'il eût été légitime. Il faut par conséquent leur donner à chacun le tiers de ce tiers, soit un neuvième, et il restera sept neuvièmes pour l'enfant légitime. On trouverait de même que trois enfants naturels en présence de deux enfants légitimes auraient droit chacun à un quinzième, et chaque enfant légitime à six quinzièmes.

* Cette solution, qui est d'une extrême simplicité, est adoptée par la majorité des auteurs. Elle nous paraît en effet la meilleure. On a élevé cependant contre elle une grave objection. Chaque enfant naturel, dit-on, n'obtient pas, comme le veut la loi, le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. En effet chaque enfant naturel peut dire : « Si j'avais été légitime, j'aurais profité de la réduction subie par mes frères naturels ; or le système de la jurisprudence attribue en entier le bénéfice de cette réduction aux enfants légitimes, et je suis ainsi frustré ».

* Ce raisonnement a servi de point de départ à plusieurs opinions dissidentes, qui établissent en principe qu'au lieu de considérer les enfants naturels comme légitimes *collectivement,* il faut les considérer comme légitimes *successivement.* Nous ne les suivrons pas dans leurs déductions qui sont d'une extrême complication. Il suffit en effet, pour être dispensé de les combattre, d'exposer leurs résultats. Dans telle hypothèse déterminée, elles conduisent à donner aux enfants naturels en concours avec des enfants légitimes plus de la moitié de la succession, c'est-à-dire une part supérieure à celle qu'ils obtiendraient en face d'ascendants ou de frères ou sœurs du défunt (art. 757 al. 2) : résultat manifestement inadmissible.

* D'ailleurs, pour faire cadrer la solution consacrée par la jurisprudence avec les termes de la loi, il suffit d'admettre que le législateur a usé dans l'art. 757 d'une locution assez usitée, en prenant le singulier pour le pluriel : il dit *l'enfant naturel,* songeant *aux enfants naturels, in globo.* A tous et à chacun il accorde le tiers de ce qu'ils auraient eu s'ils eussent été légitimes, quand ils viennent en concours avec des descendants légitimes.

108. Deuxième hypothèse. — L'enfant naturel se trouve en concours avec des ascendants ou avec des frères ou sœurs du défunt. Notre article lui donne alors la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, c'est-à-dire la moitié de la succession, car, si l'enfant naturel eût été légitime, la succession tout entière lui aurait été dévolue, à l'exclusion des ascendants et des frères ou sœurs.

On est d'accord pour reconnaître que la part des enfants naturels est ici fixée à la moitié, quel que soit leur nombre. L'autre moitié est dévolue aux parents légitimes (ascendants, frères ou sœurs), en quel-

que nombre qu'ils soient, et répartie entre eux conformément aux règles du droit commun, c'est-à-dire de la même manière que le serait la succession tout entière, si le défunt n'avait pas laissé d'enfants naturels.

Supposons que l'enfant naturel se trouve en concours avec des neveux ou des nièces du défunt ; les ascendants sont prédécédés, les frères et sœurs aussi, ou bien ils sont vivants, mais renonçants ou indignes. Quelle sera la part de l'enfant naturel? Sera-t-elle de la moitié seulement, comme si les frères ou sœurs eux-mêmes venaient à la succession, ou bien des trois quarts, comme elle le serait à l'égard de collatéraux ordinaires, par application de l'art. 757 *in fine ?* En d'autres termes, les neveux et nièces, qui, en l'absence d'ascendants et de frères ou sœurs du *de cujus,* concourent avec l'enfant naturel, doivent-ils, pour la détermination de la part de succession revenant à celui-ci, être assimilés aux frères ou sœurs dont ils descendent, ou bien aux autres collatéraux ? La question est controversée, et elle nous paraît très douteuse. La jurisprudence, s'en tenant strictement aux termes du texte, ainsi que paraît bien l'exiger la nature exceptionnelle de la disposition qui nous occupe, décide que, la loi ayant omis ici, contrairement aux traditions qu'elle suit dans les textes consacrés aux successions légitimes, de mettre les descendants de frères ou sœurs sur la même ligne que les frères ou sœurs eux-mêmes, ils doivent être assimilés aux collatéraux ordinaires, et que par suite l'enfant naturel a droit dans ses rapports avec eux aux trois quarts de la succession conformément à l'art. 757 *in fine* (Cass., 4 janvier 1875, Sir., 75. 1. 53). — La majorité des auteurs estiment au contraire qu'il ne faut voir qu'un oubli dans le silence gardé par l'art. 757 relativement aux descendants de frères ou sœurs. Partout ailleurs la loi leur accorde les mêmes privilèges qu'aux frères et sœurs eux-mêmes ; pour quel motif aurait-elle dévié ici de cette ligne de conduite ? L'interprète doit donc faire prévaloir l'esprit de la loi sur son texte, et décider que les descendants de frères ou sœurs, comme les frères et sœurs eux-mêmes, réduiront l'enfant naturel à la moitié de la succession. Il faut sous-entendre dans l'art. 757 les mots *ou descendants d'eux,* à la suite des mots *frères ou sœurs,* comme on les sous-entend sans hésitation dans l'art. 752. D'ailleurs la solution contraire conduit à donner les trois quarts de la succession à l'enfant naturel en face d'un neveu, et la moitié seulement en présence d'un aïeul. Résultat difficile à admettre ; car, la loi préférant le neveu à l'aïeul, puisqu'il exclut celui-ci dans la succession ordinaire, on ne s'expliquerait guère qu'elle eût pu traiter le premier moins favorablement que le second, en face d'un enfant naturel.

109. Troisième hypothèse. — Le défunt ne laisse ni descendants ni ascendants ni frères ni sœurs, mais seulement des collatéraux ordinaires. L'enfant naturel a droit aux trois quarts de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, donc aux trois quarts de la succession, car il aurait eu droit à la totalité s'il eût été légitime.

Le défunt laisse des ascendants dans une ligne et des collatéraux ordinaires dans l'autre. On sait qu'en pareil cas la succession est attribuée pour moitié aux ascendants qui représentent l'une des lignes, et pour moitié aux collatéraux qui représentent l'autre. En supposant qu'il y ait un enfant naturel, à quelle part aura-t-il droit? Au premier abord, l'idée d'appliquer distributivement les règles, qui servent à déterminer la portion de l'enfant naturel à l'égard des ascendants d'une part et à l'égard des collatéraux d'autre part, paraît assez séduisante. D'après cela, on dirait : l'enfant naturel ayant droit à la moitié de la succession dans ses rapports avec les ascendants et aux trois quarts dans ses rapports avec les collatéraux, il faut lui

donner la moitié de la moitié dévolue aux ascendants et les trois quarts de la moitié dévolue aux collatéraux. Mais d'abord, en procédant ainsi, on arrivera à détruire l'égalité que la loi établit entre les ascendants d'une ligne et les collatéraux de l'autre; car les ascendants conserveront la moitié de leur moitié, soit un quart de la succession, tandis que les collatéraux ne conserveront que le quart de la leur, soit un huitième de la succession. D'un autre côté le texte est formel : il donne la moitié à l'enfant naturel quand le défunt laisse des *ascendants,* et il ne lui donne les trois quarts que lorsqu'il ne laisse « ni descendants ni *ascendants,* ni frères ni » sœurs ». Nous concluons que l'enfant naturel n'a droit qu'à la moitié de la succession, soit à l'égard des ascendants, soit à l'égard des collatéraux.

B. *Le défunt ne laisse aucun parent au degré successible.*

110. Ce second cas est réglé par l'art. 758, ainsi conçu : « *L'enfant* » *naturel a droit à la totalité des biens, lorsque ses père ou mère ne lais-* » *sent pas de parents au degré successible* ».

Au cas où il n'existe aucun parent du défunt au degré successible, il y aurait lieu d'assimiler celui où tous ses parents auraient renoncé ou auraient été écartés de la succession comme indignes. Dans notre article, comme dans celui qui précède, le mot *laisse* signifie : *laisse comme héritiers.*

Il résulte de l'art. 758 que l'enfant naturel passe avant le conjoint du défunt, et c'est ce que dit en termes plus explicites encore l'art 767. Cette règle souffre toutefois exception en ce qui concerne l'enfant naturel reconnu dans les conditions déterminées par l'art. 337. Si, à défaut de parents au degré successible, le concours s'engage directement entre lui et le conjoint, ce dernier sera préféré. Ce même enfant naturel ne pourrait réclamer aucune portion de la succession de son père, au préjudice des enfants légitimes issus du mariage pendant le cours duquel il a été reconnu. Voyez sur ces deux points t. I, n. 911.

111. Disposition commune au cas ou le défunt laisse et à celui où il ne laisse pas de parents au degré successible. — « *En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peu-* » *vent réclamer les droits fixés par les articles précédents* » (art. 759). Ainsi, des deux enfants naturels reconnus qu'avait le défunt, l'un est prédécédé laissant deux enfants légitimes : ces derniers viendront *par représentation de leur père* prendre la portion, qui aurait été dévolue à celui-ci, concurremment avec l'enfant naturel survivant.

* Nous avons vu (*supra* n. 69) que, pour venir à une succession par représentation, il faut avoir l'aptitude personnelle requise pour y arriver de son propre chef; car, en définitive, c'est le représentant qui hérite. En appelant les descendants de l'enfant naturel prédécédé à représenter celui-ci, la loi leur reconnaît donc implicitement l'aptitude personnelle à succéder au défunt. Ce point a été contesté à tort. De là il résulte que les descendants d'un enfant naturel indigne ou renonçant peuvent venir de leur chef à la succession du défunt, à supposer que leur degré leur permette d'arriver en ordre utile. Ainsi, à défaut de parents au degré successible, l'enfant légitime de l'unique fils naturel laissé par le *de cujus* pourrait, au cas de renonciation de son père, recueillir toute la succession à l'exclusion du conjoint survivant. Mais le fils d'un enfant naturel renonçant ne pourrait pas

concourir avec un autre enfant naturel qui accepte la succession (arg. art. 744). De même les descendants d'un fils naturel renonçant ne pourraient pas concourir avec les enfants légitimes du défunt ; ceux-ci excluant les descendants d'un fils légitime renonçant, excluent à plus forte raison les descendants d'un fils naturel renonçant.

L'art. 759 n'est écrit qu'en vue des descendants *légitimes* de l'enfant naturel prédécédé ; ses enfants *naturels* n'auraient donc, ni de leur chef ni par représentation, aucun droit sur la succession du père de leur père. C'est ce qui résulte de l'art. 756, aux termes duquel les enfants naturels n'ont « aucun droit sur les biens » des parents de leur père ou mère ». Ce texte, qui ferait certainement obstacle à ce que les enfants naturels d'un enfant *légitime* vinssent réclamer un droit dans la succession du père de leur père, peut être opposé à plus forte raison aux enfants naturels d'un enfant *naturel*.

III. *Sanction des dispositions qui précèdent.*

112. La nature ayant mis dans le cœur des parents la même affection pour tous leurs enfants, qu'ils soient nés ou non d'une union légitime, les père et mère naturels protestent en général contre la différence que la loi établit au point de vue du droit héréditaire entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, et ils cherchent par tous les moyens possibles à l'effacer. Le législateur le savait, et, sous peine de compromettre le succès de son œuvre, il devait déjouer par avance les fraudes qui pourraient être commises en vue d'éluder ses dispositions. C'est dans cet ordre d'idées qu'ont été édictés les art. 908 et 760, qu'on peut considérer comme étant la sanction des dispositions contenues en l'art. 757.

Aux termes de l'art. 908 : « *Les enfants naturels ne pourront, par* » *donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui* » *leur est accordé au titre* des Successions ». Et l'art. 760, qui en est le complément, dispose : « *L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus* » *d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu* » *du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet* » *à rapport, d'après les règles établies à la section II du chapitre VI du* » *présent titre* ».

Il résulte de ces deux textes combinés que les donations, faites à un enfant naturel reconnu, par son père ou par sa mère, ne sont valables que dans les limites du droit héréditaire accordé à cet enfant par l'art. 757. Si elles excèdent ces limites, il y a lieu à réduction. L'enfant naturel reconnu ne peut donc pas cumuler les avantages qui lui ont été faits par un de ses auteurs, sous forme de donations entre vifs ou testamentaires, avec sa part dans la succession de cet auteur. D'où l'obligation que la loi lui impose d'*imputer*, c'est-à-dire de précompter ces donations sur sa part héréditaire. Ainsi un enfant naturel reconnu par son père a reçu de celui-ci par donation entre vifs 10,000 fr. ; le père meurt, et la part héréditaire de l'enfant dans sa succession,

calculée d'après l'art. 757, se trouve être de 15,000 fr. L'enfant imputera les 10,000 fr. qu'il a reçus, sur les 15,000 fr. auxquels il a droit, et ne pourra réclamer que la différence, soit 5,000 fr. Si dans la même hypothèse on suppose que la part héréditaire de l'enfant se trouve n'être que de 8,000 fr., l'enfant devra restituer 2,000 fr., somme égale à l'excédent de la donation sur sa part héréditaire.

Telle est l'imputation. Elle présente une certaine analogie avec le rapport, dont il est question aux art. 843 et suivants. Donnons une idée de cette dernière institution. Le défunt laisse deux enfants qui acceptent sa succession ; à l'un il a donné par donation entre vifs un immeuble valant 10,000 fr., rien à l'autre ; l'actif net de la succession est de 30,000 fr. L'enfant donataire rapportera son don à la succession (art. 843) : ce qui élèvera la masse partageable à 40,000 fr., sur lesquels chaque enfant obtiendra 20,000 fr. De cette façon, l'héritier donataire n'aura pas en définitive une part plus forte que l'autre : résultat conforme à l'intention probable du défunt, qui, en faisant à l'un de ses enfants une donation, le plus souvent à l'occasion de son établissement par mariage ou autrement, n'a pas eu l'intention de l'avantager en définitive au préjudice des autres, mais a voulu seulement lui faire un *avancement d'hoirie,* c'est-à-dire une avance sur sa part héréditaire future.

113. Différences entre l'imputation et le rapport. — On voit par le rapide exposé qui précède que l'imputation a pour résultat, comme le rapport, d'empêcher le donataire de cumuler le don qu'il a reçu avec sa part héréditaire. Mais le but du rapport est de rétablir l'égalité entre les héritiers, tandis que le but de l'imputation est d'empêcher que l'enfant naturel ne reçoive en définitive plus que la loi ne lui accorde dans la succession du donateur. De sorte que le rapport nous apparaît comme étant la sanction du principe d'égalité entre les cohéritiers, et l'imputation comme la sanction des dispositions restrictives du droit héréditaire de l'enfant naturel.

* Ce n'est pas la seule différence entre le rapport et l'imputation. Nous en indiquerons deux autres.

* 1° Celui qui fait une donation à son héritier présomptif peut valablement le dispenser du rapport par une déclaration expresse (art. 843). Au contraire, le père ou la mère, qui fait une donation à son enfant naturel, ne peut pas valablement le dispenser de l'imputation ; car autrement il arriverait à éluder la prohibition de l'art. 908.

* 2° Voici maintenant la seconde différence ; elle est contestée. Le rapport se fait, tantôt en nature, tantôt en moins prenant (art. 858); l'imputation au contraire se fait toujours en moins prenant. Le mot *imputer,* qu'emploie l'art. 760, écarte l'idée de la remise réelle et effective dans laquelle consiste le rapport en nature. *Imputer* un don sur sa part héréditaire, c'est le précompter sur cette part : ce qui répond à l'idée du rapport en moins prenant. De là il résulte qu'il y aurait lieu d'appliquer à l'imputation les règles du rapport en moins prenant. Mais il semble que, pour être logique, il faut les appliquer toutes, même la règle qui met au compte du donataire tenu d'un rapport en moins prenant les pertes par cas fortuit, celle aussi d'après laquelle le rapport en moins prenant se fait sur le pied de la valeur de la chose lors de la donation (art. 868), et enfin la règle de l'art. 856.

114. Observation. — Pour calculer le montant de la part héréditaire d'un enfant naturel, on doit faire entrer en ligne de compte, non seulement les biens laissés par son auteur décédé, mais aussi ceux que cet auteur a donnés, soit à l'enfant naturel lui-même, soit aux héritiers qui viennent en concours avec lui. Ainsi le défunt laisse deux enfants légitimes et un enfant naturel; à l'un des enfants légitimes il a donné 20,000 fr., à l'enfant naturel 5,000 fr.; on trouve dans la

succession 65,000 fr. de biens existants. Il faudra ajouter à ces 65,000 fr. le montant des deux donations faites par le *de cujus*, et la masse héréditaire, sur laquelle devra être calculée la part de l'enfant naturel, se trouvera être ainsi de 90,000 fr. De cette masse il lui revient un neuvième, soit 10,000 fr., sur lesquels il ne pourra en réclamer que 5,000, parce qu'il doit imputer sur sa part les 5,000 fr. qu'il a déjà reçus. En effet la loi règle la part de l'enfant naturel en partant de cette supposition qu'il est légitime (art. 757); or, en supposant l'enfant naturel légitime, il a le droit de demander à ses cohéritiers le rapport de ce qu'ils ont reçu, de même que ceux-ci peuvent lui demander le rapport (ou mieux l'imputation) de ce qui lui a été donné (arg. art. 857).

IV. *De la réduction qu'un père peut faire subir à son enfant naturel.*

115. Les dispositions que nous venons d'analyser ont été écrites en vue d'empêcher le père naturel de laisser à son enfant plus que la loi ne lui accorde. Celles à l'étude desquelles nous arrivons ont pour but d'empêcher le père naturel de déshériter complètement son enfant, tout en lui permettant cependant de l'écarter du partage de sa succession, où sa présence pourrait être une cause de trouble.

La loi accorde à l'enfant naturel une réserve dans la succession de ses père et mère; nous verrons sous l'art. 913 quel en est le montant. Cette réserve est un *minimum*, que le père naturel ne peut en aucun cas enlever à son enfant; mais il a la faculté de le réduire à ce *minimum*, en disposant du surplus de ses biens à titre gratuit.

Voilà donc un premier moyen que peut employer le père, lorsqu'il veut laisser à son enfant moins que ne lui donnent les art. 757 et 758 : le réduire à sa réserve légale par le moyen de donations entre vifs ou testamentaires faites à d'autres personnes.

En voici un deuxième qui est indiqué par l'art. 761 : « *Toute réclamation leur est interdite, lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. — Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié* ». Ainsi un père, qui a des enfants légitimes et un enfant naturel, craignant que, lors de l'ouverture de sa succession, le concours entre ces deux classes d'héritiers n'amène des conflits, fait à son enfant naturel la proposition suivante : « J'estime que votre part dans ma succession future sera de 20,000 fr.; je vous offre immédiatement 10,000 fr., dont je vais vous faire donation, avec cette clause que vous serez réduit à cette somme pour tout droit héréditaire ». Si l'enfant accepte, et que la donation soit conclue, il ne pourra rien réclamer à la mort de son père dans la succession de celui-ci; à moins cependant

que ce qu'il a reçu ne se trouve être inférieur à la moitié de sa part héréditaire telle qu'elle est fixée par la loi, auquel cas il a le droit d'exiger le complément de cette moitié.

C'est par le moyen d'une donation entre vifs, et non d'une donation testamentaire, que le père naturel peut faire subir à son enfant la réduction dont nous venons de parler. La loi dit : « lorsqu'ils auront » reçu *du vivant de leur père ou de leur mère* » : ce qui suppose une donation entre vifs.

Tel est l'art. 761. Il déroge au droit commun, en ce qu'il autorise une convention, un traité, une sorte de marché sur une succession qui n'est pas encore ouverte, par dérogation à la règle qui proscrit les pactes sur succession future (art. 791, 1130 et 1600). Le tribun Siméon a indiqué les motifs de cette dérogation dans son discours au corps législatif : «Une pareille donation, dit-il, est utile, et *pour l'enfant naturel* qu'elle fait jouir plus tôt, et *pour la famille* qu'elle débarrasse d'un créancier odieux ».

Pour l'enfant naturel, à qui il sera souvent plus profitable de recevoir immédiatement 10,000 fr., moyennant lesquels il pourra se procurer un établissement, que de recevoir 20,000 fr. à l'époque tout à fait indéterminée, et peut-être éloignée, de la mort de son père; — *Pour la famille,* qui évitera ainsi les débats pénibles dont la présence d'un enfant naturel est souvent la source dans les partages de successions. Et toutefois il faut reconnaître que ce dernier résultat ne sera pas toujours atteint. En effet l'enfant naturel, qui a été l'objet de la réduction autorisée par l'art. 761, a le droit de réclamer, si le don n'atteint pas la moitié de sa part héréditaire telle qu'elle est fixée par la loi. Or qui l'empêchera de soulever ce débat, dans le but unique peut-être de molester la famille légitime, et sauf à succomber dans une prétention qu'il sait à l'avance injustifiable ? Il faudra bien alors admettre l'enfant naturel au partage et à toutes les opérations qu'il entraîne, pour lui prouver que sa réclamation est sans fondement, et la prévoyance du législateur se trouvera en défaut. Mais le moyen de mieux faire !

116. Il faut remarquer que ce n'est pas à la moitié de sa réserve, mais bien à la moitié de sa part héréditaire, telle qu'elle est fixée par les art. 757 et 758, que l'enfant naturel peut-être réduit par le moyen dont il vient d'être parlé ; l'art. 761 est formel sur ce point. Il pourra d'ailleurs arriver que l'enfant naturel reçoive ainsi, pour tout droit de succession, un chiffre inférieur au montant de sa réserve.

117. Le père naturel peut-il imposer à son enfant la réduction autorisée par l'art. 761, et l'exclusion de sa succession qui en est la conséquence? L'affirmative tend à prévaloir en jurisprudence. Il s'agit, dit-on, d'un droit que la loi accorde au père naturel dans l'intérêt de sa famille légitime, et dont l'enfant ne doit pas pouvoir entraver l'exercice. Si donc celui-ci refuse d'accepter la proposition qui lui est faite, le père pourra, après l'avoir fait au besoin déclarer suffisante par la justice, se libérer par des offres réelles suivies de consignation, comme peut le faire un débiteur à l'égard de son créancier (arg. art. 1257).

* Cette solution, qui revient en définitive à appliquer ici au père naturel à l'égard de son enfant les règles qui régissent les rapports de débiteur à créancier, aurait peut-être été acceptable dans le système admis par le projet, qui n'accordait à l'enfant naturel qu'un droit de *créance* sur la succession de ses parents ; et

encore on aurait pu objecter que ce droit de créance ne prend naissance qu'à l'époque de l'ouverture de la succession. Mais on sait que ce système a été rejeté, et on ne peut par suite accepter une solution qui en est la conséquence. Si l'on écarte l'idée de dette et de créance, on voit que le père naturel est obligé, pour arriver à la réduction autorisée par l'art. 761, de rendre son fils propriétaire d'une certaine partie de ses biens, équivalente ou à peu près à la moitié de la part héréditaire future de l'enfant. Or on n'aperçoit pas d'autre moyen pour arriver à ce résultat que la donation entre vifs, et elle suppose nécessairement le concours du donataire : il n'y a pas de donation possible sans l'acceptation du donataire (arg. art. 932). On dit, il est vrai, que, si l'enfant refuse d'accepter, le père pourra obtenir un jugement déclarant que la donation est tenue pour acceptée. La loi aurait pu sans doute consacrer cette solution, mais, dans son silence, il paraît bien difficile de l'admettre. D'ailleurs ce n'est pas seulement dans l'intérêt de la famille qu' a été édictée la disposition de l'art. 761 ; c'est aussi dans l'intérêt de l'enfant ; l'orateur du tribunat l'a affirmé. Il est donc juste que l'enfant soit le juge de son intérêt, et qu'il puisse refuser d'accepter la donation, lorsqu'il estime que l'anticipation de jouissance qu'elle lui procurera ne compensera pas le sacrifice que la réduction lui impose. En résumé, c'est une transaction libre sur la succession future du père naturel, que l'art. 761 autorise. L'enfant naturel l'acceptera ou la repoussera suivant son intérêt dont il est seul juge. La doctrine en général se prononce dans ce sens.

118. Le père naturel, qui, en faisant une donation à son enfant, a l'intention de le réduire à la part qu'il lui assigne, doit en faire la déclaration *expresse* (art. 761). En l'absence d'une semblable déclaration, l'enfant devrait seulement imputer ce qu'il a reçu sur sa portion héréditaire, dont il aurait le droit de réclamer le complément.

* La déclaration dont il s'agit doit être contemporaine de la donation. C'est du moins ce que l'on peut induire de ces termes de la loi : « lorsqu'ils ont *reçu... avec* » déclaration... ». Solution d'ailleurs très logique, si l'on admet que le père ne peut pas imposer la réduction à son enfant : il lui tendrait évidemment un piège, si, après lui avoir fait une donation pure et simple, qu'il a acceptée sans méfiance, il venait plus tard lui imposer une réduction dont il n'a pas été question dans la donation, que par suite l'enfant n'a pas pu prévoir, et dont la perspective l'aurait peut-être déterminé à refuser.

119. L'enfant naturel, qui a accepté une donation faite par son père ou par sa mère dans les termes de l'art. 761, peut, au cas où ce qu'il a reçu serait inférieur à la moitié de sa part héréditaire, réclamer le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. Ce droit ne lui appartient que lors de l'ouverture de la succession ; car jusque-là il est impossible de savoir à quel chiffre s'élèvera sa part héréditaire, mille événements pouvant la faire varier, tels que changements survenus dans la fortune du père ou de la mère, survenance de nouveaux enfants, etc. L'enfant ne pourrait pas, avant l'ouverture de la succession, renoncer au droit d'obtenir le complément qui pourra lui être dû à cette époque (arg. art. 791).

N° 2. Enfants adultérins ou incestueux.

120. « *Les dispositions des articles* 757 *et* 758 *ne sont pas applicables* » *aux enfants adultérins ou incestueux. — La loi ne leur accorde que des* » *aliments* » (art. 762). Tel est le seul droit que le code civil attribue aux enfants adultérins ou incestueux sur la succession de leurs parents.

Mais, pour qu'un enfant adultérin ou incestueux puisse venir réclamer des aliments sur la succession de son père ou de sa mère, il faut évidemment qu'il prouve sa filiation par rapport au défunt; or l'art. 335 paraît rendre cette preuve impossible, puisqu'il prohibe la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, et il semble ainsi y avoir antinomie entre les art. 335 et 762. Cette difficulté a été examinée t. I, n. 900 *bis*. Nous avons vu qu'il existe des cas où la filiation soit adultérine soit incestueuse se trouve constatée par la force même des choses. C'est alors que l'enfant adultérin ou incestueux pourra réclamer les aliments que lui accorde l'art. 762.

La loi n'accordant à l'enfant adultérin ou incestueux que des aliments sur la succession de ses parents, il en résulte : 1° que toute donation, faite à un enfant adultérin ou incestueux par son père ou par sa mère, serait nulle en tant qu'elle excèderait les limites d'une disposition alimentaire (arg. art. 908); 2° que l'enfant adultérin ou incestueux serait exclu de la succession de son auteur même par l'Etat : rigueur excessive que l'on élude en pratique par mille moyens.

121. Règlement de la pension alimentaire. — « *Ces aliments* » *sont réglés, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et* » *à la qualité des héritiers légitimes* » (art. 763).

Le mot *légitimes* qui termine l'article aurait dû être supprimé; car il est clair qu'il y a lieu de tenir compte, pour régler les aliments, du nombre et de la qualité des successeurs quels qu'ils soient, irréguliers ou légitimes. Il est clair aussi qu'on devrait avoir égard pour ce règlement aux besoins du réclamant, qui peuvent varier à l'infini suivant son âge, son état de santé, sa condition sociale, etc. En un mot, les aliments dus à l'enfant adultérin ou incestueux doivent être réglés conformément à l'art. 208, dont l'art. 763 n'est qu'une reproduction incomplète.

Si les père et mère adultérins ou incestueux ont acquitté pendant leur vie, et d'une manière définitive, c'est-à-dire tant pour l'avenir que dans le présent, la dette d'aliments que la loi met à leur charge, leur succession en sera dégrevée. « *Lorsque le père ou la mère de l'en-* » *fant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécani-* » *que, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant,* » *l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession* » (art. 764). Cela paraît tellement évident qu'on peut s'étonner que la loi ait pris la peine de le dire.

Voici probablement le motif qui a porté le législateur à s'expliquer sur ce point. Il y a mille manières d'assurer des aliments à un enfant, parce qu'il y a mille manières de vivre. Le père adultérin ou incestueux, qui occupe une haute situation

sociale, sera-t-il quitte envers son enfant en le mettant à même de gagner sa vie par les moyens les plus vulgaires, en lui faisant apprendre un art mécanique, par exemple? Dans le silence de la loi, on aurait probablement répondu que les parents adultérins ou incestueux doivent mettre leurs enfants à même de vivre dans le monde où ils vivent eux-mêmes. Mais c'eût été faire trop d'honneur aux fruits du crime; il faut qu'ils soient punis pour la faute de leurs parents! Ceux-ci seront quittes à l'égard de l'enfant en lui faisant apprendre un *art mécanique,* et leur succession aussi! Ainsi l'a voulu le législateur,et il a bien fait de le dire, parce qu'on aurait pu ne pas lui prêter une telle intention.

Et remarquez qu'il suffit que l'un des auteurs de l'enfant lui ait assuré des aliments pendant sa vie, pour que l'autre et sa succession soient déchargés de toute obligation de ce chef : ce qui d'ailleurs s'explique facilement par cette considération que l'enfant n'a droit qu'à des aliments, et que, pour pouvoir réclamer des aliments, il faut être dans le besoin.

* On enseigne généralement que les aliments, qui peuvent être dus aux enfants adultérins ou incestueux, sont réglés d'une manière définitive, une fois pour toutes, lors de la liquidation de la succession de leurs auteurs, et sauf à tenir compte dans ce règlement des éventualités de l'avenir. C'est du moins ce que l'on peut induire de nos articles, qui mettent la dette alimentaire à la charge *de la succession,* et non à la charge des héritiers (argument de ces mots de l'art. 764 : « l'enfant ne pourra » élever aucune réclamation contre *leur succession* »), semblant accorder ainsi à l'enfant une sorte de droit héréditaire restreint à des aliments.

§ II. *Succession aux enfants naturels.*

122. Un enfant illégitime vient à mourir; par qui sera recueillie sa succession? Telle est la question qu'il nous faut maintenant résoudre.

Disons tout de suite que, s'il s'agit d'un enfant *adultérin* ou *incestueux,* le règlement de sa succession sera fort simple. Il ne saurait être question de ses ascendants, même de son père et de sa mère, car la loi prohibe la reconnaissance de la filiation adultérine ou incestueuse (art. 335). Lors même que cette filiation serait légalement établie dans l'un des cas exceptionnels que nous avons indiqués, t. I, n. 900 *bis,* le père ou la mère adultérin ou incestueux ne pourrait élever aucune prétention à la succession de son enfant. Il ne saurait être question non plus des collatéraux de l'enfant. Les seuls héritiers qui puissent prétendre à sa succession sont donc : 1° ses descendants, légitimes ou naturels, qui seraient appelés suivant les règles du droit commun; 2° à défaut de descendants, son conjoint; 3° à défaut de conjoint l'Etat.

Le règlement de la succession d'un enfant *naturel simple* pourra être plus compliqué, en supposant toutefois que ses père et mère ou l'un d'eux soient légalement connus. Voici, dans cette hypothèse, les divers héritiers qui peuvent venir à sa succession, dans l'ordre où la loi les y appelle : 1° ses descendants, légitimes ou naturels; 2° ses père et mère légalement connus; 3° ses frères ou sœurs naturels; 4° son conjoint survivant; 5° l'Etat. Chacun de ces ordres d'héritiers n'est

appelé qu'à défaut de celui qui le précède. Nous nous occuperons des trois premiers seulement; car il n'y a rien de particulier à dire en ce qui concerne les deux derniers.

1° *Descendants légitimes ou naturels.*

123. Ils viennent, à l'exclusion de tous autres, même des père et mère du défunt. En effet l'art. 765 n'appelle ceux-ci qu'*à défaut de postérité;* donc, s'il y a une postérité (légitime ou naturelle, *lex non distinguit*), le père et la mère sont exclus.

* Et toutefois les père et mère naturels ne seraient pas exclus par un enfant *naturel* du fils légitime ou naturel de leur enfant (arg. art. 756 *in fine*). Mais ils le seraient par l'enfant légitime du fils même naturel de leur enfant (arg. art. 759).

D'ailleurs, la loi n'ayant établi aucune règle spéciale en ce qui concerne le droit de succession des descendants de l'enfant naturel, le droit commun recevrait de tous points son application. Ainsi, au cas de concours d'enfants légitimes et d'enfants naturels du défunt, on appliquerait l'art. 757 al. 1.

2° *Père et mère naturels.*

124. « *La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité est* » *dévolue au père ou à la mère qu l'a reconnu ; ou par moitié à tous* » *les deux s'il a été reconnu par l'un et par l'autre* » (art. 765).

= *Au père ou à la mère* QUI L'A RECONNU : ce qui s'applique au cas d'une reconnaissance forcée, aussi bien qu'à celui d'une reconnaissance volontaire ; car, ici comme ailleurs, la reconnaissance forcée produit les mêmes effets que la reconnaissance volontaire. Cpr. t. 1, n. 929.

3° *Frères et sœurs naturels.*

125. « *En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les* » *biens qu'il en avait reçus, passent aux frères ou sœurs légitimes, s'ils* » *se retrouvent en nature dans la succession : les actions en reprise, s'il* » *en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est encore dû, retournent* » *également aux frères et sœurs légitimes. Tous les autres biens passent* » *aux frères et sœurs naturels, ou à leurs descendants* » (art. 766).

Les frères et sœurs *naturels* d'un enfant naturel sont les enfants naturels issus du même père ou de la même mère que lui ; ses frères et sœurs *légitimes* sont les enfants légitimes de son père ou de sa mère. En d'autres termes, si une même personne a plusieurs enfants, dont les uns sont légitimes et les autres naturels, les enfants naturels sont les uns par rapport aux autres *frères naturels,* et ils ont pour *frères légitimes* les enfants légitimes. L'expression *frères légitimes* est d'ailleurs assez mal choisie; car elle donnerait à entendre que ceux qu'on désigne sous ce nom sont des parents légitimes pour les enfants naturels, tandis qu'il est bien évident qu'ils ne peuvent être que des parents naturels.

Légitimes ou naturels, les frères d'un enfant naturel peuvent être germains, consanguins ou utérins, suivant qu'ils ont le même père et la même mère que lui, ou le même père seulement, ou la même mère seulement.

Eh bien! quand un enfant naturel meurt sans postérité ni père ni mère, sa succession revient à ses frères naturels, à l'exclusion de ses frères légitimes, et sauf pour ceux-ci le droit de retour successoral dont il sera parlé tout à l'heure. Au premier abord, cette exclusion des frères légitimes par les frères naturels peut paraître singulière; car les premiers sont parents de l'enfant naturel au même titre que les seconds, et ils ont en outre pour eux l'avantage de la légitimité. Effectivement le texte primitif de l'art. 766 les appelait à la succession concurremment avec les frères naturels. Mais on fit remarquer au conseil d'Etat que, les frères naturels ne pouvant être appelés en aucun cas à succéder à leurs frères légitimes, ceux-ci ne devaient pas être admis à succéder aux premiers, en vertu du principe de réciprocité qui est l'une des lois de la matière. Sur cette observation, on transforma le droit de succession ordinaire, que l'on avait primitivement accordé aux frères et sœurs légitimes, en un droit de succession anomale dont nous allons bientôt parler.

126. Le droit de succession, que la loi accorde ici aux frères et sœurs naturels, s'étend aussi à leurs *descendants*.

Mais c'est une question de savoir si ces descendants peuvent venir à la succession par représentation ou seulement de leur chef. On leur accorde généralement le bénéfice de la représentation, lorsqu'elle est possible bien entendu d'après les règles du droit commun. N'est-ce pas oublier que la représentation est une fiction (art. 739), et que les fictions ne s'étendent pas d'un cas à un autre? ce qui signifie qu'elles ne peuvent pas être appliquées à des cas autres que ceux en vue desquels le législateur les a établies. Or, en matière de succession irrégulière, nous avons bien un texte qui admet la représentation au profit des descendants d'enfants naturels du défunt prédécédés, c'est l'art. 759; mais il n'en existe aucun qui étende le même bénéfice aux descendants des frères et sœurs naturels du défunt; donc on ne peut pas le leur accorder.

Un raisonnement analogue conduit à décider que, si, parmi les frères naturels du défunt, il y en a qui lui soient unis par un double lien (frères germains) et d'autres par un lien simple (frères utérins ou consanguins), tous devront succéder par égales portions, les germains ne pouvant pas invoquer l'art. 733, et le principe de la fente qu'il établit, pour forcer les utérins ou les consanguins à prendre part dans leur ligne seulement. En effet l'art. 733 faisant partie des textes consacrés aux successions régulières, semble ne pas devoir être transporté dans les successions irrégulières. D'ailleurs le principe de la fente a pour but la conservation des biens dans les familles; or l'enfant naturel n'a pas de famille; donc le principe de la fente n'a pas ici sa raison d'être, ni par suite l'application que la loi en fait aux frères. Toutefois la majorité des auteurs admet la solution contraire.

Remarquez que non seulement les frères légitimes sont exclus par les frères naturels, mais qu'ils n'auraient même pas le droit de succéder à défaut de ceux-ci; l'Etat lui-même leur serait préféré, sauf le droit de retour successoral dont il nous reste à parler.

Cpr. Cass., 26 novembre 1883, Sir., 85. 1. 485.

127. Droit de retour successoral accordé aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. En retirant aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel décédé le droit, que leur reconnaissait le projet, de venir à sa succession concurremment avec ses frères naturels, notre législateur leur a accordé à titre de compensation un droit de *retour successoral,* analogue à celui que l'art. 351 accorde à l'adoptant et l'art. 747 à l'ascendant donateur. Ce droit de retour s'applique aux biens que l'enfant naturel a *reçus* de ses père et mère soit à titre de donation, soit même à titre de succession (art. 766 et arg. art. 351).

Le but de ce droit de retour est de faire rentrer les biens que l'enfant naturel tient de son père ou de sa mère, dans la famille d'où ils sont sortis. Les biens que l'enfant naturel a reçus de son père ne peuvent donc être repris que par les enfants légitimes de ce père, et de même les enfants légitimes de la mère pourront seuls reprendre les biens venant de celle-ci. Le texte de la loi ne le dit pas ; mais son esprit ne laisse aucun doute à cet égard. Les frères légitimes, qui auraient le même père et la même mère que l'enfant naturel (ce qui sera rare, parce qu'il faut supposer pour cela que les père et mère de l'enfant naturel se sont mariés l'un avec l'autre sans le légitimer), pourraient exercer le droit de retour tout à la fois sur les biens que le défunt tenait de son père et sur ceux qu'il tenait de sa mère.

En un mot, les frères légitimes *germains* de l'enfant naturel peuvent reprendre dans sa succession les biens qui lui proviennent soit de son père, soit de sa mère; ses frères légitimes *consanguins* ne peuvent reprendre que les biens qui lui proviennent du père commun, et ses frères légitimes *utérins* ceux seulement qui lui proviennent de la mère commune.

128. Le droit de retour successoral dont il s'agit est subordonné à toutes les conditions prescrites pour le retour de l'ascendant donateur. Il ne peut donc, comme ce dernier, s'ouvrir qu'autant que l'enfant naturel est mort sans postérité, et que les choses, à lui données par son père ou sa mère ou par lui recueillies dans leur succession, se retrouvent encore *en nature.* Au cas d'aliénation, les frères et sœurs légitimes succéderaient seulement à l'action en reprise que pouvait avoir le défunt, ou à la créance du prix qui serait encore dû ; le tout à la charge de contribuer aux dettes du *de cujus,* toujours comme au cas du retour de l'ascendant donateur. Il faut en outre que le père et la mère de l'enfant naturel soient prédécédés tous les deux. La loi dit : « En cas de prédécès *des père et mère* », et il est incompréhensible qu'en présence d'un texte aussi formel, on ait pu soutenir que le prédécès de *l'un des deux* suffisait pour qu'il y eût lieu au droit de retour. La présence du père empêche donc le retour successoral des frères légitimes, même pour les biens provenant de la mère, et réciproquement.

129. Le droit de retour successoral établi par l'art. 766, est accordé « aux frères » ou sœurs légitimes ». La loi n'ajoute pas : ou *à leurs descendants,* omission qu'il paraît difficile de mettre sur le compte d'un oubli, surtout si l'on observe qu'elle n'a

pas été commise en ce qui concerne les frères et sœurs *naturels,* dont les *descendants* sont appelés par le même article à la succession ordinaire du défunt. D'ailleurs, y eût-il eu oubli du législateur, la conséquence en devrait être l'exclusion des descendants ; car le retour successoral est un droit d'exception, qui ne peut appartenir qu'à ceux auxquels l'accorde un texte formel. La solution contraire compte cependant un grand nombre de partisans ; ils invoquent surtout l'esprit de la loi, qui est d'accorder aux descendants de frères et sœurs les mêmes avantages qu'aux frères et sœurs eux-mêmes. Nous ne parlons que pour mémoire d'une opinion bâtarde, qui reconnaît aux descendants des frères et sœurs légitimes le droit d'exercer le retour successoral quand ils peuvent venir par représentation de leurs parents décédés, mais le leur refuse quand ils ne peuvent venir que de leur propre chef. Cette solution est inconciliable avec la règle que la représentation n'est possible qu'au profit de ceux qui ont l'aptitude personnelle à succéder de leur chef (*supra* n. 69). D'ailleurs les principes ne permettent pas, comme nous l'avons dit tout à l'heure, d'étendre la représentation, qui est une *fiction,* en dehors des cas où le législateur l'établit.

SECTION II

DES DROITS DU CONJOINT SURVIVANT ET DE L'ÉTAT

130. Le conjoint survivant et l'Etat terminent la liste, que nous donne le code civil, des successeurs irréguliers. Nous savons qu'il faut y ajouter les hospices.

1. *Du conjoint survivant.*

131. Aux termes de l'art. 767 : « *Lorsque le défunt ne laisse ni* » *parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa suc-* » *cession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit* ».

= *Au conjoint non divorcé.* En effet, pour avoir droit à une succession, il faut posséder le titre en vertu duquel on la réclame, au moment où elle s'ouvre; or, en brisant le lien du mariage, le divorce supprime le titre d'époux et par suite les droits successifs qui y étaient attachés; de là l'exclusion que notre article prononce contre l'époux divorcé. Cette exclusion atteint l'époux qui a obtenu le divorce, aussi bien que celui contre lequel il a été prononcé; car la loi ne distingue pas.

Il y avait peut-être de bonnes raisons pour étendre cette déchéance à l'époux séparé de corps, tout au moins à celui *contre lequel* la séparation a été prononcée. Mais la loi ne l'a pas fait, et l'interprète ne peut pas le faire à sa place, en vertu de ce principe que les déchéances ne s'étendent pas d'un cas à un autre ; d'autant plus qu'il résulte des travaux préparatoires que le silence de la loi est ici intentionnel (Fenet, t. XII, p. 36, 37 et 88), et que d'ailleurs la différence ainsi établie entre l'époux séparé de corps, qui succède, et l'époux divorcé, qui ne succède pas, peut s'expliquer par cette considération que le divorce dissout le mariage, tandis que la séparation de corps le laisse subsister.

Nous avons vu (t. I, n. 552 *bis*) que le mariage putatif peut fonder un droit de succession, comme le mariage valable. Mais ce droit cesse d'exister à partir de la déclaration judiciaire de nullité, le mariage putatif devant, à dater du moment où il est annulé, être assimilé à un mariage valable dissous par le divorce.

132. En ne mentionnant que les parents légitimes au degré successible et les enfants naturels du défunt comme préférables au conjoint survivant, notre texte pourrait donner à penser que le conjoint l'emporte sur les successeurs irréguliers appelés par les art. 765 et 766 (père et mère naturels, et à leur défaut frères et sœurs naturels...). Mais la place qu'occupe l'art. 767, immédiatement après les deux dont il vient d'être parlé, ébranle fortement cette induction, et l'art. 768 la détruit tout à fait en nous montrant qu'il n'y a place pour aucun successeur entre le conjoint et l'Etat, et que par conséquent le conjoint vient après tous les autres, sauf l'Etat.

133. Cette quasi-exclusion du conjoint survivant peut être rattachée au principe de la conservation des biens dans les familles, qui est l'une des bases fondamentales de notre système de successions : effectivement, en appelant le conjoint survivant à la succession du prédécédé, on fait passer les biens de celui-ci dans une autre famille. Ce qui est moins aisé à expliquer, c'est que notre législateur n'ait songé à assurer par aucun moyen l'avenir du conjoint survivant qui n'a pas de ressources personnelles. Grâce à l'imprévoyance de la loi, il verra souvent la dure épreuve de la gêne, quelquefois de la misère, venir s'ajouter pour lui aux douleurs du veuvage. Rien n'était plus facile cependant que de concilier le principe de la conservation des biens dans les familles avec cette loi d'humanité, conforme d'ailleurs à la volonté probable du défunt, qui exige que le conjoint survivant conserve dans le veuvage une situation équivalente ou à peu près à celle que lui avait donnée le mariage : il suffisait pour cela de lui attribuer, en usufruit seulement, tout ou partie des biens laissés par le défunt. On y a bien songé un instant. Au conseil d'Etat, Malleville plaide la cause du conjoint survivant ; Treilhard lui répond que « par l'art. 55 on lui accorde l'usufruit du tiers des biens », et Malleville se contente de cette réponse. Or qu'était-ce que l'art. 55 cité par Treilhard ? C'était celui qui porte le n. 768 dans le code civil ; qu'on le lise, il est étranger à la question. On a supposé, assez gratuitement peut-être, que Treilhard avait en vue l'art. 40, aujourd'hui art. 754. Sa réponse n'en vaudrait guère mieux : en effet l'art. 754 établit bien un usufruit, mais au profit du père ou de la mère du défunt, et non de son conjoint.

Notre ancien droit avait été plus prévoyant. En pays de droit écrit, on avait pourvu à l'avenir du conjoint survivant par le moyen de la *quarte du conjoint pauvre,* institution empruntée au droit romain. Les pays de coutume avaient le *douaire,* que Pothier définit : « ce qui était accordé à la femme sur les biens de son mari pour ses aliments, pour sa subsistance, au cas qu'elle lui survive ». Le douaire consistait en un droit d'usufruit.

Plus de trois quarts de siècle se sont écoulés depuis la promulgation du code civil, et nous en sommes encore au droit d'usufruit imaginaire de Treilhard. De louables efforts ont été tentés cependant pour améliorer la situation du conjoint survivant. Sans parler de ceux qui ont produit leur fruit, et qui se sont traduits dans des dispositions législatives spéciales, réparant pour des hypothèses particulières l'injustifiable rigueur de notre loi à l'égard du conjoint survivant (exemples : loi du 9 juin 1853 *sur les pensions civiles*, art. 11 et 13 ; loi du 14 juillet 1866 *sur les droits des héritiers et ayant cause des auteurs,* art. 1 ; loi du 25 mars 1873 *sur la*

déportation, art. 13), disons qu'après bien des incidents un projet de loi, dû à la persistante initiative de M. Delsol, a été adopté par le sénat le 9 mars 1877. A l'heure où nous écrivons, il attend encore la sanction de la chambre des députés.

2. *De l'Etat.*

134. « *A défaut de conjoint survivant, la succession est acquise à l'Etat* », dit l'art. 768. *Fiscus post omnes.* C'est une application du principe que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat (art. 713), ainsi qu'on le voit par l'art. 539 et par ces paroles de l'orateur du tribunat : « Ce qui n'appartient à aucun individu, appartient au corps de la société, qui représente l'universalité des citoyens. Jouissant pour l'avantage commun, il prévient les désordres qu'entraîneraient les prétentions de ceux qui s'efforceraient d'être les premiers occupants d'une succession vacante ».

On voit que l'Etat n'est pas à proprement parler un héritier, et qu'il était inutile, pour expliquer chez lui cette prétendue qualité, d'imaginer le dicton vulgaire : *l'Etat est le cousin de tout le monde.* Aussi les successions recueillies par l'Etat sont-elles dites en *déshérence,* expression qui est dérivée de *deest heres* et qui signifie que la succession manque d'héritier. Aucune succession n'en manquerait si l'Etat avait la qualité d'héritier, et le mot *déshérence* serait fort impropre.

Mais, bien que l'Etat ne soit pas un héritier, sa situation est à beaucoup d'égards la même que celle d'un héritier ; car il succède à une universalité. De là l'obligation qui lui incombe de supporter les dettes du défunt, qui sont une charge de l'universalité constituant son patrimoine. De là aussi le droit pour l'Etat de répudier la succession si elle est onéreuse ; on le lui a contesté à tort.

Les droits de l'Etat dans les successions en déshérence sont exercés en son nom par les agents de la régie de l'enregistrement et des domaines, que le code appelle ici par abréviation *administration des domaines* (art. 769 et 772).

Des formalités que doivent remplir le conjoint survivant et l'Etat, avant d'appréhender les biens héréditaires.

135. Ces formalités ont pour but : d'abord d'éveiller, au moyen de certaines mesures de publicité, l'attention des héritiers qui, ignorant peut-être l'ouverture de la succession, ont négligé de faire valoir leurs droits ; puis de constater l'importance des biens héréditaires et d'en assurer, le cas échéant, la restitution aux véritables ayant droit. Elles consistent : 1° dans l'obligation de faire apposer les scellés et dresser inventaire (art. 769) ; 2° dans l'envoi en possession et les mesures de publicité qui le précèdent (art. 770); 3° dans l'obligation de faire emploi du mobilier et de fournir caution (art. 771).

Entrons dans les détails :

1° Scellés. Inventaire. — « *Le conjoint survivant et l'administration des domai-*

» *nes qui prétendent droit à la succession sont tenus de faire apposer les scellés, et* » *de faire faire inventaire dans les formes prescrites pour l'acceptation des succes-* » *sions sous bénéfice d'inventaire* » (art. 769). L'apposition des scellés et l'inventaire ont pour but de constater la valeur de la succession. Cette constatation est nécessaire, d'une part pour fixer l'étendue de la restitution qui devra être faite aux véritables ayant droit, s'il s'en présente, et d'autre part pour déterminer la mesure dans laquelle le conjoint et l'Etat, tenus seulement *intra vires hereditatis,* comme tout successeur irrégulier, devront répondre aux poursuites des créanciers de la succession.

2° Envoi en possession. Mesures de publicité qui le précèdent. — Aux termes de l'art. 770 : « *Ils* [le conjoint et l'Etat] *doivent demander l'envoi en possession au tribunal* » *de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte. Le tribunal* » *ne peut statuer sur la demande qu'après trois publications et affiches dans les* » *formes usitées, et après avoir entendu le procureur du Roi* ».

= *Qu'après trois publications et affiches.* Le tribunal pourrait, sans avoir recours à aucune mesure préalable de publicité, rejeter *de plano* la demande d'envoi en possession, si elle lui paraissait évidemment mal fondée, par exemple au cas d'existence incontestée d'héritiers qui n'auraient pas encore renoncé.

3° Emploi du mobilier. Caution. — *L'époux survivant est encore tenu de faire* » *emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution,* » *au cas où il se présenterait des héritiers du défunt, dans l'intervalle de trois ans :* » *après ce délai, la caution est déchargée* » (art. 771).

L'époux survivant peut donc, à son choix :

Ou bien *faire emploi du mobilier,* ce qui signifie : placer l'argent comptant trouvé dans la succession ou payé par les débiteurs héréditaires, et le prix des meubles corporels après les avoir vendus. Le conjoint a d'ailleurs le choix du mode de placement, puisque la loi n'en impose aucun en particulier ;

Ou bien conserver le mobilier à la charge de donner caution. Cette caution garantit la restitution du *mobilier* aux héritiers qui pourront se présenter. C'est une caution *légale,* puisqu'elle est fournie en exécution d'une disposition de la loi ; elle devrait donc satisfaire aux conditions prescrites par les art. 2018 et 2019 (arg. art. 2040 al. 1). La durée de son engagement est limitée à trois années, qui, suivant l'opinion générale, ont pour point de départ le jour où la caution a fait sa soumission. Les héritiers, qui se présenteraient après l'expiration de ce délai, pourraient encore faire valoir leurs droits contre le conjoint; car leur action (action en pétition d'hérédité) ne se prescrit que par trente ans; mais ils n'auraient plus aucun recours contre la caution, qui est déchargée de plein droit par cela seul que le délai de trois ans s'est écoulé sans qu'aucun héritier se soit présenté.

L'art. 771 ne parle que du conjoint survivant; par conséquent il n'est pas applicable à l'Etat, dont la solvabilité présumée *(fiscus semper solvendo censetur)* rendait toute garantie de restitution inutile. Dans la pratique, l'administration des domaines fait toujours vendre le mobilier; et, s'il se présente un héritier, c'est le prix qui lui est restitué.

136. Sanction des dispositions qui précèdent. — « *L'époux survivant ou* » *l'administration des domaines, qui n'auraient pas rempli les formalités qui leur* » *sont respectivement prescrites, pourront être condamnés aux dommages et intérêts* » *envers les héritiers s'il s'en présente* » (art. 772). C'est une application pure et simple du principe écrit en l'art. 1382.

137. Enfin aux termes de l'art. 773 : « *Les dispositions des articles* 769, 770, 771 *et* 772 *sont communes aux enfants naturels appelés à défaut de parents* ».

Notre article ne vise que les enfants naturels *appelés à défaut de parents.* Il est

donc inapplicable aux enfants naturels appelés en concours avec des parents légitimes du défunt. Et en effet, en pareil cas, les héritiers légitimes sont saisis de toute l'hérédité ; ils peuvent se mettre de leur propre autorité en possession des biens héréditaires, sans avoir à remplir aucune formalité préalable, et c'est à eux que l'enfant naturel doit s'adresser pour obtenir la délivrance. Cpr. *supra* n. 31.

* L'art. 773 ne parlant que des *enfants naturels,* on doit en conclure que les dispositions des art. 769, 770, 771 et 772 ne seraient pas applicables aux *père et mère naturels* venant à la succession de leur enfant par application de l'art. 765, ni aux *frères et sœurs naturels* venant en vertu de l'art. 766. En effet les dispositions dont il s'agit créent des obligations légales ; or une obligation légale ne peut être imposée à une personne qu'en vertu d'un texte formel. D'ailleurs l'immunité accordée aux père et mère naturels et aux frères et sœurs naturels s'explique facilement. La succession à laquelle ils sont appelés est celle d'un enfant naturel ; or la liste des héritiers d'un enfant naturel n'est pas longue, puisqu'il n'a pas de famille, et on conçoit assez difficilement que sa succession puisse être appréhendée par un autre que le véritable ayant droit ; il a donc pu paraître inutile d'établir des garanties en vue de l'éventualité d'une restitution tout à fait improbable. Ces garanties au contraire étaient nécessaires, quand, le défunt étant un enfant légitime, sa succession est déférée tout entière, à défaut de parents connus, à un enfant naturel ou au conjoint survivant. Il ne sera pas rare en effet que l'enfant naturel ou le conjoint ait à restituer en pareil cas tout ou partie de la succession à un parent éloigné, un collatéral au douzième degré peut-être, dont on ne soupçonnait pas l'existence lors de l'ouverture de la succession.

* **138.** Il faut reconnaître d'ailleurs que les père et mère naturels et les frères et sœurs naturels devraient, comme les autres successeurs irréguliers appelés à défaut de parents légitimes, se faire envoyer en possession par la justice. Nous le décidons ainsi par application de l'art. 724, duquel il résulte que les héritiers légitimes seuls sont saisis et que tout héritier non saisi doit se faire envoyer en possession, et non en vertu de l'art. 770 qui, nous l'avons dit, est inapplicable ici ; d'où il résulte que les mesures de publicité, prescrites par cet article préalablement à l'envoi, ne seraient pas obligatoires. Quant à l'inventaire prescrit par l'art. 769, les successeurs irréguliers dont il s'agit agiront prudemment en y faisant procéder, s'il y a lieu de craindre que le passif héréditaire ne dépasse l'actif. Ils éviteront ainsi toute difficulté avec les créanciers de la succession, envers lesquels ils ne sont tenus qu'*intra vires hereditatis,* sur le point de savoir quelle est l'importance de l'actif héréditaire.

* **139.** Une question reste à résoudre. Le successeur irrégulier, *appelé à défaut de parents,* est-il obligé, pour obtenir l'envoi en possession qu'il réclame, de prouver qu'il n'existe pas de parents au degré successible ? L'affirmative semblerait résulter de la règle *Probatio incumbit ei qui agit;* car la prétention du demandeur n'est fondée qu'autant qu'il n'existe pas de parents. Mais les textes démontrent d'une manière positive que l'on a entendu déroger ici aux règles du droit commun. Dans quel but le législateur aurait-il donc exigé les garanties de restitution prescrites par les art. 769 et suivants, si l'envoi en possession n'avait pu être accordé que sur la preuve qu'il n'existe pas de parents au degré successible ? La dérogation d'ailleurs s'imposait par la force des choses; car la preuve d'un fait négatif, qui ne se résout en aucune affirmation en sens contraire, est impossible.

3. *Des hospices.*

* **140.** Aux termes de l'art. 8 de la loi du 15 pluviôse an XIII (loi relative à la tutelle des enfants admis dans les hospices) : « Si l'enfant décède avant sa sortie de l'hospice, son émancipation ou sa majorité, et qu'aucun héritier ne se présente,

ses biens appartiendront en propriété à l'hospice, lequel en pourra être envoyé en possession, à la diligence du receveur, et sur les conclusions du ministère public. — S'il se présente ensuite des héritiers, ils ne pourront répéter les fruits que du jour de la demande ». L'art. 9 ajoute : « Les héritiers qui se présenteront pour recueillir la succession d'un enfant décédé avant sa sortie de l'hospice, son émancipation ou sa majorité, seront tenus d'indemniser l'hospice des aliments fournis et des dépenses faites pour l'enfant décédé, pendant le temps qu'il sera resté à la charge de l'administration, sauf à faire entrer en compensation, jusqu'à due concurrence, les revenus perçus par l'hospice ».

Un avis du conseil d'Etat du 3 novembre 1809, approuvé par l'empereur, établit un autre droit de succession au profit des hospices. Il porte : « 1° Que les effets mobiliers apportés par les malades décédés dans les hospices et qui y ont été traités gratuitement, doivent appartenir auxdits hospices, à l'exclusion des héritiers et du domaine, en cas de déshérence; — 2° Qu'à l'égard des malades ou personnes valides, dont le traitement et l'entretien ont été acquittés de quelque manière que ce soit, les héritiers et légataires peuvent exercer leurs droits sur tous les effets apportés dans les hospices par lesdites personnes malades ou valides; et, dans le cas de déshérence, les mêmes effets doivent appartenir aux hospices, au préjudice du domaine ».

CHAPITRE V

DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS

Préliminaires.

141. L'étude des chapitres III et IV, qu'on aurait pu intituler *Des vocations héréditaires,* nous a mis à même de déterminer dans chaque hypothèse la personne ou les personnes appelées à recueillir une succession qui vient de s'ouvrir. Il s'agit maintenant de savoir quelle va être l'attitude de l'héritier désigné par la loi, en face de la succession qui lui est déférée, quelle détermination il va prendre. C'est l'objet du chapitre auquel nous arrivons.

142. Aux termes de l'art. 774 : « *Une succession peut être acceptée » purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire* ». Et l'art. 775 ajoute : « *Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue* ». Ces deux textes, qui auraient été beaucoup mieux placés dans un préambule du chapitre V que dans la section *De l'acceptation,* nous montrent que trois partis s'offrent en général à celui auquel une succession est déferée par la loi, au *successible,* comme on dit, trois partis entre lesquels il peut opter dans le sens que lui dicte son intérêt : l'acceptation pure et simple, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation. Notre chapitre consacre une section spéciale à chacun d'eux ; une quatrième est réservée aux successions vacantes. Avant d'entrer dans es détails, jetons un coup d'œil d'ensemble sur la matière.

1° *Acceptation pure et simple.* En prenant ce premier parti, le successible ratifie purement et simplement l'œuvre de la loi qui lui a déféré

l'hérédité. Par conséquent, s'il s'agit d'un héritier légitime, il se trouve obligé au paiement des charges héréditaires *etiam ultra vires hereditatis ;* l'hérédité lui était en effet déférée sous cette condition (art. 724), et il s'y est soumis du moment qu'il a accepté l'offre de la loi *purement et simplement,* c'est-à-dire *sans restriction.* L'acceptation pure et simple consolide donc sur la tête de l'héritier les effets de la saisine. Désormais le patrimoine du défunt et celui de l'héritier ne formeront plus qu'un seul et même patrimoine ; car l'héritier est devenu propriétaire de tout ce qui appartenait au défunt et débiteur de tout ce qu'il devait : ce qui a notamment pour résultat d'amener l'extinction par confusion de tous les droits soit *personnels,* soit *réels,* qui existaient au profit du *de cujus* contre l'héritier, et réciproquement. — *De tous les droits personnels :* ainsi le successible était créancier du défunt ; s'il accepte purement et simplement la succession, sa créance sera éteinte par confusion ; désormais en effet les deux qualités de créancier et de débiteur sont réunies sur sa tête ; il y a donc un obstacle matériel à l'exercice du droit (art. 1300). L'acceptation du successible produirait le même résultat, s'il était débiteur du défunt. — *De tous les droits réels :* par exemple des droits de servitude qui existaient au profit d'un immeuble appartenant au défunt sur un immeuble appartenant à l'héritier, ou réciproquement.

2° *Renonciation.* Ce deuxième parti est l'inverse du précédent. Tandis que l'acceptation pure et simple identifie en quelque sorte l'héritier avec le défunt, à tel point qu'on peut dire alors avec la loi romaine : *Heres et defunctus una eademque persona utuntur,* la renonciation au contraire rompt tout lien entre l'héritier et le défunt ; elle met à néant la vocation héréditaire du successible, qui est même réputé par une fiction de droit n'avoir jamais été héritier (art. 785). Il devient donc complètement étranger aux dettes du défunt, mais il perd en revanche tout droit à ses biens.

3° *Acceptation sous bénéfice d'inventaire.* Ce dernier parti constitue un moyen terme entre les deux précédents ; il permet à un héritier, qui a des doutes sur les forces de la succession, de profiter de l'excédent de l'actif sur le passif, si la succession se trouve en définitive être avantageuse, sans s'exposer pour cela à être tenu *ultra vires hereditatis,* s'il apparaît, la liquidation une fois terminée, que les biens héréditaires ne suffisent pas à acquitter les charges. D'ailleurs l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme l'acceptation pure et simple, ferme la voie à la renonciation, *semel heres semper heres,* et soumet l'héritier au paiement des droits de mutation, même sur ses biens personnels. L'héritier, qui veut prendre ce dernier parti, doit faire dresser un inventaire et déclarer qu'il accepte sous bénéfice d'inven-

taire : le tout dans les formes et délais prescrits par la loi. C'est à lui que revient le soin de liquider la succession.

143. On s'accorde pour reconnaître que l'acceptation ou la répudiation ne peut avoir lieu ni à terme, ni sous condition, ni pour une partie seulement de l'hérédité.

144. Le rapide exposé qui précède pourrait donner à penser que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire constitue toujours le parti le plus avantageux pour l'héritier; car il s'assure ainsi le bénéfice éventuel que la succession peut offrir, sans courir la chance de perdre. Mais alors on ne s'expliquerait pas que le législateur eût offert au successible les deux autres partis. La vérité est que l'héritier peut avoir intérêt à opter tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, suivant les cas, et il faut bien qu'il en soit ainsi, pour que le droit d'option que la loi lui accorde ait quelque sens. La succession est-elle sûrement bonne ? L'acceptation pure et simple constituera ordinairement le parti le plus avantageux; elle sera préférable à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, qui, outre qu'elle laisse toujours planer sur la solvabilité du défunt un soupçon injurieux pour sa mémoire, entraîne des frais assez considérables et une liquidation compliquée. Est-il certain au contraire que le passif de la succession dépasse l'actif ? La renonciation sera préférable à une acceptation même sous bénéfice d'inventaire, dont l'héritier ne retirerait d'autre profit que celui de consacrer gratuitement sa peine et son temps à la liquidation de la succession, sans parler de l'obligation qu'il contracte de payer les droits de mutation même sur ses biens personnels, et de la responsabilité qu'il assume à raison des fautes qu'il pourra commettre dans sa gestion. Bien plus, il peut arriver que la renonciation soit préférable à une acceptation même sous bénéfice d'inventaire, en face d'une succession dont l'actif est supérieur au passif. En effet l'acceptation même bénéficiaire oblige l'héritier au rapport de tout ce qui lui a été donné sans clause de préciput par le défunt (art. 843), tandis que l'héritier renonçant peut conserver le don qui lui a été fait, dans les limites de la quotité disponible (art. 845); or il est facile de voir que le successible peut avoir plus d'intérêt à renoncer pour s'en tenir à son don qu'à accepter, même sous bénéfice d'inventaire, en s'obligeant au rapport. Ainsi le défunt laisse pour héritiers deux neveux; à l'un il a donné par donation entre vifs 30,000 fr., rien à l'autre ; l'actif net de la succession s'élève à 20,000 fr. Si le neveu donataire renonce, il gardera les 30,000 fr. qu'il a reçus. S'il accepte, même sous bénéfice d'inventaire, il en devra le rapport à la succession : ce qui portera la masse partageable à 50,000 fr. (30,000 + 20,000), dont il obtiendra la moitié, soit 25,000 fr. L'acceptation, même sous bénéfice d'inventaire, lui causera donc un préjudice de 5,000 fr.

On voit qu'il est impossible de dire à l'avance quel est le parti le plus avantageux pour un successible ; tout dépend des circonstances.

145. Le choix entre les trois partis que la loi offre à l'héritier peut quelquefois être délicat. Dans tous les cas, il n'est à même de le faire d'une manière judicieuse que moyennant la connaissance exacte des forces de la succession. Pour réfléchir et pour se renseigner, la loi lui accorde un délai de trois mois et quarante jours : trois mois pour faire un inventaire qui l'éclairera sur l'importance de l'actif héréditaire, quarante jours pour délibérer. Pendant toute la durée de ce délai, et même des délais supplémentaires qu'il obtiendra du juge, suivant les circonstances, le successible ne peut être contraint de prendre qualité (art. 797). S'il est attaqué par les créanciers ou autres intéressés, il peut opposer l'exception dilatoire de l'art. 174 C. pr., dont le résultat sera d'amener un sursis dans les poursuites jusqu'à l'expiration des délais.

146. Quel que soit le sens dans lequel le successible exerce son droit d'option, la détermination qu'il prend rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. C'est ce qui résulte des art. 777 et 785, ainsi conçus : « *L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la* » *succession* » (art. 777). « *L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais* » *été héritier* » (art. 785).

On oppose partout ces deux textes l'un à l'autre ; on prétend qu'ils sont empruntés à deux systèmes de législation différents, et qu'il faut par suite en sacrifier un, sans qu'on s'accorde sur le point de savoir lequel. En effet, dit-on, le premier, en disposant que l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession, semble présenter l'acceptation comme une condition suspensive de la saisine, condition qui, une fois accomplie, rétroagirait au jour de l'ouverture de la succession, par application du principe de l'art. 1179, de sorte que l'on peut en induire que l'héritier est saisi *sous la condition suspensive de son acceptation.* D'après l'art. 785, au contraire, la renonciation paraît être une condition résolutoire de la saisine. En disant que « L'héritier qui renonce est CENSÉ n'avoir jamais été » héritier », il fait entendre très clairement que le successible était héritier avant son acceptation, puisqu'après sa renonciation une fiction est nécessaire pour qu'il soit considéré comme ne l'ayant jamais été. Le successible serait donc, d'après l'art. 785, saisi *sous la condition résolutoire de sa renonciation.*

* Il nous semble que ces deux textes sont la conséquence d'un seul et même principe, à savoir que, par une fiction de droit, l'héritier, qui, en fait, optera toujours un certain temps après l'ouverture de la succession, sera réputé avoir opté à ce moment même. L'argument, qu'on tire de l'art. 777 pour soutenir que le successible est saisi sous la condition suspensive de son acceptation, perd toute sa valeur, si l'on observe que cet article, à raison de la généralité de ses termes, s'applique à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire aussi bien qu'à l'acceptation pure et simple. Or, si, en supposant le successible saisi sous la condition résolutoire de sa renonciation, il était inutile de décréter la rétroactivité de l'acceptation pure et simple, il était très utile au contraire de décréter la rétroactivité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Autrement l'héritier légitime, qui opte pour ce dernier parti, n'aurait eu la qualité d'héritier bénéficiaire qu'à dater de son acceptation ; jusque-là il

aurait conservé la qualité que lui attribue l'art. 724, celle de représentant du défunt, tenu *ultra vires* des charges de sa succession ; il y aurait eu ainsi une solution de continuité dans sa situation : ce qui eût constitué une *inelegantia juris*. D'ailleurs, même en ce qui concerne l'acceptation pure et simple, il peut se présenter des cas où l'on aperçoit l'utilité de la faire rétroagir, ne fût-ce que celui où un héritier accepte une succession après l'avoir répudiée (art. 790). Dans cette hypothèse, le successible n'est pas héritier au moment où il accepte (arg. art. 785), il est même censé ne l'avoir jamais été ; et, s'il n'y avait pas un texte pour faire rétroagir son acceptation, il ne serait héritier qu'*in futurum*, non *in præteritum*. Cela étant, on conçoit fort bien que le législateur ait cru devoir poser d'une manière générale le principe de la rétroactivité de l'acceptation.

* Ainsi entendu, l'art. 777 concorde parfaitement avec l'art. 785, et n'infirme en rien cette proposition que l'héritier est saisi sous la condition résolutoire de sa renonciation, proposition qui trouve en outre un point d'appui dans l'art. 174 C. pr., duquel il résulte que les créanciers de la succession et autres intéressés peuvent actionner l'héritier avant qu'il ait pris qualité, sauf à celui-ci à opposer l'exception dilatoire s'il est encore dans les délais pour faire inventaire et délibérer ; mais, ces délais une fois expirés, le successible sera condamné comme héritier pur et simple, à moins qu'il ne renonce à la succession ou qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire. Ce résultat serait inexplicable, si le successible n'était pas héritier avant toute acceptation, s'il était, comme on le dit, héritier sous la condition suspensive de son acceptation. Comme les art. 711 et 724, qui attribuent de plein droit au successible la double saisine de la propriété et de la possession des biens héréditaires, et qui la lui attribuent sans condition, l'art. 174 C. pr. suppose que le successible est héritier de plein droit avant toute acceptation, et sauf résolution de son titre s'il renonce à la succession.

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACCEPTATION

§ I. *De l'acceptation en général.*

147. L'acceptation, d'une manière générale, est la manifestation faite par le successible de sa volonté de *demeurer héritier*. Nous disons : de *demeurer héritier ;* car ce titre lui appartient avant toute acceptation, en vertu de la vocation de la loi, qui le déclare, dès l'instant de l'ouverture de la succession, propriétaire de tous les biens du défunt (art. 711), et même possesseur s'il est héritier légitime (art. 724). Par où l'on voit que l'acceptation ne fait rien *acquérir* à l'héritier, puisqu'elle ne lui donne que ce qu'il avait déjà. Elle lui fait plutôt perdre quelque chose, la faculté de renoncer : en acceptant, il ferme sur lui la porte de la renonciation, que la loi avait laissée ouverte, en l'enfermant dans l'hérédité, pour lui permettre d'en sortir. Aussi un auteur a-t-il pu dire avec autant de justesse que d'esprit : « L'acceptation est la renonciation au droit de renoncer ». En outre l'acceptation engendre des *obligations* pour l'héritier, ne fût-ce que celle du rapport (art. 843). Aussi la loi exige-t-elle une capacité particulière pour accomplir valablement un acte de cette importance. C'est ce que nous allons voir en exami-

nant successivement la situation qui est faite à ce point de vue aux divers incapables.

148. Femmes mariées. — « *Les femmes mariées ne peuvent pas valablement accepter une succession sans l'autorisation de leur mari ou de justice, conformément aux dispositions du chapitre VI du titre* du Mariage » (art. 776 al. 1).

D'ailleurs la femme, autorisée comme de droit, peut accepter tacitement aussi bien qu'expressément. Ainsi la femme, qui aurait vendu un bien héréditaire avec l'autorisation de son mari, serait considérée comme ayant accepté tacitement.

* En dehors d'un mandat qui lui aurait été donné par sa femme, et du cas où les conventions matrimoniales lui confèreraient ce droit, le mari ne pourrait pas valablement accepter pour le compte de sa femme une succession échue à celle-ci.

Mineurs et interdits. — « *Les successions échues aux mineurs et aux interdits, ne pourront être valablement acceptées que conformément aux dispositions du titre* de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation » (art. 776 al. 2). C'est-à-dire que la succession, échue à un mineur ou à un interdit, ne peut être valablement acceptée qu'avec l'autorisation du conseil de famille. L'art. 461, qui formule cette règle, ajoute que « L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire » : ce qui ne veut pas dire, comme on le verra plus loin, qu'un mineur ne puisse jamais être héritier pur et simple.

Personnes munies d'un conseil judiciaire. — Il semble bien résulter des art. 499 et 513 que la personne placée sous conseil ne peut aliéner ni s'obliger sans l'assistance de son conseil ; d'où la conséquence que cette assistance lui serait nécessaire pour accepter une succession. C'est l'opinion générale : il y a cependant quelques dissidences.

149. L'acceptation, faite par un incapable ou pour son compte sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, est nulle. Par qui la nullité pourra-t-elle être invoquée ? S'il s'agit de l'acceptation faite par une femme mariée non autorisée, il paraît incontestable que la nullité ne pourra être proposée que par la femme, par le mari et par leurs héritiers. C'est ce qui résulte de l'art. 225, dont l'application ne souffre pas ici de difficulté, puisque l'art. 776 renvoie au chapitre VI du titre *Du mariage*. Une solution analogue semble devoir être admise en ce qui concerne les autres incapables ; eux seuls ou leurs représentants pourraient donc se prévaloir d'une nullité qui n'a été établie qu'en leur faveur (art. 1125, arg. d'anal.).

§ II. *De l'acceptation pure et simple en particulier.*

150. Presque toutes les dispositions de la section I ne sont relatives qu'à l'acceptation pure et simple, bien que la généralité de sa rubrique puisse donner à penser qu'elle s'occupe aussi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

L'acceptation est une manifestation de volonté (*supra* n. 147). D'après le droit commun, la volonté des personnes peut être efficacement manifestée *aut verbis aut re*, par des paroles ou par des faits. La loi consacre cette règle en ce qui concerne l'acceptation pure et simple.

« *L'acceptation* [pure et simple] *peut être expresse ou tacite* », dit l'art. 778 1re partie. Au contraire l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme on le verra plus loin, ne peut résulter que d'une déclaration *expresse* faite dans les formes solennelles prescrites par la loi.

N° 1. Acceptation expresse.

151. Pour qu'il y ait acceptation expresse, il faut que le successible ait déclaré *expressis verbis* sa volonté d'être héritier. Mais cela ne suffit pas pour que le successible soit lié : il est nécessaire en outre que cette déclaration soit contenue dans un *acte*, c'est-à-dire dans un écrit, *instrumentum*, dressé en vue de constater un fait juridique, *negotium juridicum*. Peu importe d'ailleurs que cet acte soit authentique ou sous seing privé. C'est ce qui résulte de l'art. 778 2me partie, ainsi conçu : « *Elle* [l'acceptation] *est expresse, quand on prend le titre ou la qualité* » *d'héritier dans un acte authentique ou privé* ». Ainsi le successible, en donnant à bail un bien héréditaire, déclare agir *en qualité d'héritier pur et simple du défunt*. Cette déclaration ne le liera pas, si le bail demeure à l'état de convention purement verbale ; mais il en sera autrement si ladite déclaration a été insérée dans un acte authentique ou privé dressé pour constater le bail. Le législateur a considéré avec raison qu'on ne pèse pas toujours avec un soin minutieux les paroles que l'on prononce dans une conversation, tandis qu'on accorde plus d'attention aux déclarations que l'on constate ou que l'on fait constater par un acte.

On demande si l'acceptation pure et simple pourrait résulter d'une déclaration contenue dans une lettre missive écrite par le successible. C'est demander si les lettres missives sont des *actes ;* car, d'après notre article, l'acceptation expresse ne peut résulter que d'une déclaration faite dans un acte. La question doit se résoudre par une distinction. Il y a des lettres (ce sont les plus nombreuses) qui ne sont que des conversations écrites ; ce sont bien des écrits, mais non des *actes ;* on ne pourrait donc pas les opposer au successible dont elles émanent, pour en faire résulter contre lui une acceptation pure et simple. Il y en a d'autres qui ont pour but de constater des faits juridiques ; ainsi en matière commerciale il se fait de nombreux contrats, et principalement des ventes, par correspondance. Ces dernières sont des *actes,* et un successible ne pourrait pas impunément y prendre le titre ou la qualité d'héritier. Ainsi jugé notamment au sujet de lettres écrites par un successible à un créancier, en vue de traiter une affaire de la succession, et dans lesquelles le successible avait pris le titre ou la qualité d'héritier.

Remarquez que, pour qu'il y ait acceptation du successible, la loi exige qu'il ait *pris* la qualité d'héritier ; il ne suffirait pas qu'elle lui eût été donnée par un tiers dans un acte. Ainsi un créancier de la succession, dans un exploit d'ajournement lancé contre le successible, le qualifie d'héritier ; ou bien cette qualification lui est donnée par le receveur de l'enregistrement, dans la quittance constatant le paiement des droits de mutation. Il n'en résultera aucun préjudice pour les droits du successible.

152. Le mot *héritier* a deux sens dans la langue du droit comme dans celle du monde. Tantôt il désigne l'habile à succéder, par exemple dans les art. 724, 778, 785 et 790 ; il est alors synonyme de *successible*. Tantôt il désigne le maître, le

propriétaire des biens héréditaires, *herus, dominus : veteres heredes pro dominis appellabant*, dit la loi romaine. C'est dans ce dernier sens que l'emploie notre article, lorsqu'il dit que l'acceptation est expresse « quand on prend le titre ou la qua- » lité d'*héritier* dans un acte... » (immédiatement après, la loi emploie le mot *héritier* dans le premier sens). Il faut donc que le successible ait pris dans un acte la qualité de propriétaire des biens héréditaires. Et il est clair qu'il ne suffira pas toujours pour cela qu'il se soit dit *héritier ;* car il a pu, lui aussi, prendre ce mot comme synonyme de *successible*. Il n'y aura pas de doute, lorsque le successible aura expliqué dans l'acte le sens des expressions par lui employées. En cas de difficulté, les tribunaux apprécieront.

N° 2. Acceptation tacite.

153. Tandis que l'acceptation expresse est le résultat d'une volonté exprimée, l'acceptation tacite est le résultat d'une volonté sous-entendue ; c'est celle qui a lieu *re, facto*. « On accepte la succession *facto,* dit Pothier, lorsqu'on fait quelque chose qui suppose *nécessairement* dans celui qui le fait la volonté d'être héritier ». Notre législateur a reproduit presque littéralement cette définition dans l'art. 778 *in fine*, ainsi conçu : « *Elle* [l'acceptation] *est tacite, quand l'héritier fait un* » *acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'au-* » *rait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier* ». Ainsi le successible aliène un bien héréditaire, à titre gratuit ou onéreux, ou bien il le grève d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque. Voilà des actes que le propriétaire seul peut faire. Le successible qui les a accomplis s'est donc considéré comme propriétaire des biens dont il a disposé, par conséquent comme héritier du défunt qui les a délaissés, car il ne pouvait en avoir la propriété qu'à ce titre. Il n'a pas dit qu'il acceptait, mais il l'a prouvé par sa conduite. Les faits ont ici autant d'éloquence que pourraient en avoir les paroles; ils impliquent nécessairement de la part du successible une acceptation, et une acceptation pure et simple, car il a manifesté *sans restriction* sa volonté d'être héritier. Celui qui veut n'être héritier que sous bénéfice d'inventaire, doit en faire une déclaration expresse dans les formes prescrites par la loi.

La jurisprudence se montre très rigoureuse en matière d'acceptation tacite ; mais c'est une rigueur de bon aloi, parce qu'elle est basée sur une courageuse application des principes. Ainsi il a été jugé à plusieurs reprises que le successible fait acte d'héritier, et accepte par suite tacitement la succession, lorsqu'il dispose de tout ou partie des effets à l'usage personnel du défunt, même au profit des personnes qui l'ont soigné dans sa dernière maladie ou au profit d'indigents. La fille d'un coiffeur s'est vue condamner comme héritière pure et simple de son père, pour avoir réclamé et touché d'un client le prix de deux coupes de barbe, s'élevant à la somme de 50 centimes, qu'elle s'était appropriée. Cette décision rappelle l'adage du vieux Loysel : « Qui prend des biens de succession jusqu'à la valeur de cinq sols, fait acte d'héritier ».

154. L'art. 778 paraît exiger deux conditions pour qu'il y ait acceptation tacite : 1° que le successible ait fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter ; 2° que cet acte soit du nombre de ceux qu'il n'avait le droit de faire

qu'en sa qualité d'héritier. Mais, si l'on rapproche ce texte des explications de Pothier au sujet de l'acceptation tacite, on demeure convaincu que ces deux conditions se réduisent à une seule, la première, et c'est uniquement en vue de la préciser que le législateur a ajouté la seconde. Il suffit, pour adapter notre texte à cette interprétation, de considérer la particule *et,* qui unit les deux membres de phrase dont il se compose, comme synonyme de *c'est-à-dire.* En un mot, l'art. 778 *in fine* doit être lu de la manière suivante : « Elle [l'acceptation] est tacite quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, *c'est-à-dire* qu'il n'aurait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier ». La loi explique ainsi dans cette dernière proposition ce qu'elle entend dire dans la première. Son idée dominante est donc celle qu'exprime le premier membre de phrase, puisque celle qui est contenue dans le second n'en est en quelque sorte que la paraphrase; par conséquent c'est à la première qu'il faut surtout s'attacher. De là il résulte que, pour savoir si un acte entraîne immixtion, c'est-à-dire acceptation tacite, il faut considérer plutôt la qualité en laquelle le successible a cru l'accomplir que celle en laquelle il l'a accompli en réalité. Ainsi un enfant, appelé à la succession de son père et de sa mère, décédés tous les deux à peu de distance l'un de l'autre, n'a pas encore exercé son option relativement à ces deux successions ; il vend un bien qui fait partie de la succession de son père, mais qu'il croit appartenir à la succession de sa mère : son erreur, on le suppose, est démontrée. Si on appliquait la proposition finale de notre texte, il faudrait déclarer qu'il a accepté tacitement la succession de son père ; car il a fait un acte qu'il ne pouvait valablement accomplir qu'en qualité d'héritier de celui-ci. Mais ce serait fort peu rationnel ; on lui attribuerait ainsi une qualité qu'il n'a certainement pas entendu prendre. Nous lui appliquerons la première partie de notre disposition, et nous le déclarerons héritier pur et simple de sa mère ; en effet l'acte qu'il a accompli, étant donnée l'erreur sous l'influence de laquelle il a agi, impliquait nécessairement l'intention d'accepter la succession de sa mère.

Quoi qu'il en soit, ce dont on ne saurait douter, c'est que les actes accomplis par un successible n'entraînent pas *immixtion,* quand il avait un titre autre que celui d'héritier pour les accomplir. Il n'est pas certain, en pareil cas, que le successible ait entendu agir en qualité d'héritier ; le contraire même est probable, car il avait intérêt à agir en l'autre qualité pour ne pas compromettre son droit d'option, et dans le doute on doit naturellement supposer qu'il a choisi le parti le plus avantageux. Ainsi le successible était engagé comme caution au paiement d'une dette du défunt ; il paie cette dette de ses deniers, sans expliquer s'il paie comme caution ou comme héritier du défunt. On supposera qu'il a payé comme caution, et par suite le paiement qu'il a fait n'entraînera pas immixtion. La même solution devrait être maintenue, quoiqu'elle soit un peu plus douteuse, au cas où le successible aurait payé de ses propres deniers une dette héréditaire dont il n'était pas personnellement tenu ; il a pu ne pas payer à titre d'héritier, puisque la loi donne au premier venu le droit de payer une dette (art. 1236).

C'est au principe qui vient d'être exposé que paraît se rattacher la disposition de l'art. 779, à l'explication duquel nous arrivons.

155. « *Les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire, ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si l'on n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier* » (art. 779).

Les actes dont parle cet article ne font pas nécessairement supposer chez le successible qui les accomplit l'intention d'accepter la succession ; car il a pour les faire une qualité autre que celle d'*héritier,*

de propriétaire des biens héréditaires, la qualité d'*habile à succéder*. C'est non seulement un droit, mais un devoir pour le successible d'administrer les biens héréditaires. En satisfaisant à une obligation que la loi lui impose, il ne peut pas compromettre le droit d'option que cette même loi lui accorde.

Les actes, que le successible peut ainsi accomplir sans compromettre son droit d'option, sont, dit notre article, « les actes purement con- » servatoires, de surveillance et d'*administration provisoire* », c'est-à-dire d'une manière générale les actes nécessaires et urgents, mais non les actes de *large administration*, d'administration *définitive*, comme disent quelques auteurs, qui entendent sans doute par là l'administration telle qu'elle appartient au propriétaire, exemples : abattre des futaies, faire des baux à longs termes.

Doivent être considérés comme actes conservatoires ou d'administration provisoire : les réquisitions tendant soit à l'apposition et à la levée des scellés, soit à la confection de l'inventaire, les saisies-arrêts faites sur des débiteurs, l'interruption d'une prescription qui courait contre le défunt, l'inscription d'une hypothèque garantissant une créance héréditaire ou le renouvellement d'une inscription sur le point de se périmer, le fait d'avoir ordonné des réparations d'entretien, fait étayer des bâtiments menaçant ruine, *si ruentia ædificia fulserit*, les baux faits pour un court délai, par exemple la location au mois d'appartements garnis que le défunt était dans l'usage de louer de cette façon, la récolte des fruits et même, suivant les circonstances, leur vente sur le marché, le paiement, même avec les deniers de la succession (mais ceci devient déjà un peu plus douteux), des frais funéraires du défunt, des gages échus des domestiques, des salaires d'ouvriers et des fournitures de subsistances faites au *de cujus*.

Le successible paie les droits de succession de ses propres deniers ; fait-il acte d'héritier ? Non, d'après l'opinion générale et d'après la jurisprudence. Et en effet ce paiement peut passer pour un acte nécessaire, fait en vue d'éviter les poursuites du fisc, qui s'adresse naturellement à l'héritier saisi ; il n'implique donc pas nécessairement la volonté d'accepter purement et simplement.

Le successible, qui accomplirait un acte dont le caractère peut présenter quelque doute, ferait bien de protester par des réserves contre l'intention d'agir en qualité d'héritier. Quelques-uns lui donnent même le conseil de se faire autoriser par la justice ; mais il est douteux que la justice ait le droit d'accorder une semblable autorisation, dans le silence des textes.

Si, en accomplissant un acte conservatoire ou d'administration provisoire, le successible avait pris le titre de propriétaire, d'*héritier, herus, dominus*, il devrait être considéré comme ayant accepté expressément. C'est ce que dit l'art. 779 *in fine*. L'acceptation résulterait alors, moins de l'acte accompli par le successible que de la qualité qu'il s'est donnée en l'accomplissant.

156. L'art. 780 nous indique toute une série d'actes qui entraînent acceptation tacite, comme actes de disposition ou d'immixtion : « *La* » *donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des* » *cohéritiers, soit à un étranger, soit à tous ses cohéritiers, soit à quel-* » *ques-uns d'eux, emporte de sa part acceptation de la succession. — Il* » *en est de même,* 1° *de la renonciation, même gratuite, que fait un des*

» *héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers;* — 2° *De la* » *renonciation qu'il fait même au profit de tous ses cohéritiers indistinc-* » *tement, lorsqu'il reçoit le prix de sa renonciation* ».

La loi range tout d'abord au nombre des actes d'immixtion « la » donation, vente ou transport », qu'un des héritiers fait de ses droits successifs. La donation et la vente de droits successifs sont comprises sous la dénomination générale de *cession* ou *transport;* cette dernière expression aurait donc suffi. Le successible, qui cède ses droits héréditaires à titre gratuit ou onéreux, en dispose; or il ne peut en disposer sans en être propriétaire, et il ne peut en être définitivement propriétaire sans une acceptation; donc, par cela même qu'il dispose de ses droits successifs, il accepte tacitement la succession, et il l'accepte nécessairement d'une manière pure et simple, car l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne peut avoir lieu tacitement.

On pourrait objecter que l'héritier qui cède *ses droits successifs* les cède tels qu'ils lui appartiennent, par conséquent avec la faculté d'accepter ou de répudier qui y est attachée, et que, s'il transmet son droit d'option intact au cessionnaire, on ne peut pas dire qu'il l'a exercé dans un sens ou dans l'autre, qu'il ne saurait donc être considéré comme ayant tacitement accepté. Il faut répondre avec Pothier que le successible ne peut céder son droit qu'autant qu'il lui est définitivement acquis; car on ne peut céder que ce que l'on a. Or le droit successif n'est définitivement acquis à l'héritier que par l'acceptation, qui consolide sur sa tête les effets de la saisine. Donc l'héritier qui cède son droit successif accepte implicitement la succession, puisqu'il ne peut faire une cession valable qu'à cette condition. L'héritier, qui veut demeurer étranger à la succession, n'a qu'un seul moyen pour obtenir ce résultat, c'est de *renoncer,* et alors la succession passera aux héritiers appelés par la loi à son défaut; il ne peut la faire acquérir à d'autres sans l'accepter lui-même.

Il importe peu d'ailleurs que la cession de droits successifs ait été faite au profit d'un étranger, ou au profit d'un ou de quelques-uns des cohéritiers du cédant, ou au profit de tous ses cohéritiers indistinctement. Le législateur s'est expliqué sur ce point, parce que, dans notre ancien droit, on considérait la *donation* faite à tous les cohéritiers indistinctement comme équivalente à une renonciation.

157. La loi assimile à la cession de droits successifs :

1° « La renonciation, même gratuite, que fait un des héritiers au » profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers ». Le successible, qui déclare renoncer *au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers,* ne renonce pas en réalité; il dispose de sa part, puisqu'il en règle l'attribution autrement que ne l'aurait fait la loi s'il eût renoncé purement et simplement. Il accepte donc tacitement la succession; car il ne peut disposer de son droit successif sans se porter héritier. Peu importe d'ailleurs qu'il en ait disposé à titre gratuit ou onéreux.

2° « La renonciation qu'il fait... au profit de tous ses cohéritiers » indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de sa renonciation ». Là où il y a un prix, il y a vente; le cohéritier qui se fait payer le prix de sa renon-

ciation, vend donc en réalité sa part héréditaire; et cette circonstance qu'il a déclaré renoncer *au profit de tous ses cohéritiers indistinctement,* ne change pas la nature de l'opération. Dans tous les cas, il y a vente, donc acceptation tacite.

Notre ancien droit, suivant à cet égard les traditions du droit romain, adoptait sur cette question une solution contraire à celle qu'a consacrée notre code civil. Et il faut reconnaître qu'on ne manquait pas de bons motifs à l'appui. L'héritier qui renonce dans les conditions dont il s'agit, disait-on, n'a jamais eu l'intention de devenir héritier; il reçoit même de l'argent *ne heres sit:* on le paie pour qu'il laisse sa place vacante. Il ne dispose donc pas de sa part héréditaire; il abdique seulement son titre, *prætermittit hereditatem;* ce n'est pas là faire acte d'héritier. Seul Domat était d'un avis opposé. Notre législateur a-t-il eu raison de marcher à sa suite? C'est fort douteux. Quoi qu'il en soit, *statuit lex.*

Il résulte par argument *a contrario* de l'art. 780 que la renonciation *gratuite,* faite par l'un des cohéritiers au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, n'emporterait pas acceptation tacite. Le successible laissant ici sa renonciation produire de tous points les effets que la loi y attache (art. 785 et 786), on considère comme superflue l'indication qu'il a faite de ces effets.

Il y a donc une différence entre le cas où un héritier déclare faire *donation* de sa part héréditaire à tous ses cohéritiers indistinctement, et celui où il déclare *renoncer* à leur profit à tous indistinctement. Dans le premier cas, il y a acceptation tacite, parce qu'il y a donation, tandis que dans le deuxième il y a renonciation pure et simple. Mais, dira-t-on, qu'importe qu'il y ait donation ou renonciation, puisque le résultat sera toujours le même, la part du renonçant revenant à ses cohéritiers? Il importe beaucoup, non seulement parce que l'héritier est acceptant dans un cas (ce qui le laisse soumis aux poursuites des créanciers), et renonçant dans l'autre (ce qui l'exonère de ces poursuites), mais aussi parce que la donation et la renonciation sont deux actes juridiques de nature tout à fait différente. Notamment la donation est soumise à des formes solennelles particulières (art. 931 et s.); elle confère au donateur le droit de réclamer, le cas échéant, des aliments au donataire (arg. art. 955-3°); elle est rapportable quand le donataire vient à la succession du donateur (art. 843), réductible si elle dépasse la quotité disponible (art. 920), révocable pour les diverses causes prévues par l'art. 953. A ces divers points de vue, et à d'autres encore, il n'en est pas de même de la renonciation.

§ III. *De la rescision de l'acceptation.*

158. En principe, l'acceptation est irrévocable. *Semel heres, semper heres.* Cette règle s'applique à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire comme à l'acceptation pure et simple. Exceptionnellement, l'acceptation peut être révoquée ou rescindée dans un certain nombre de cas, dont quelques-uns sont indiqués par l'art. 783, ainsi conçu : « *Le » majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite » d'une succession, que dans le cas où cette acceptation aurait été la suite » d'un dol pratiqué envers lui : il ne peut jamais réclamer sous prétexte*

» *de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se trouverait* » *absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testa-* » *ment inconnu au moment de l'acceptation* ».

Nous aurons à rechercher successivement : 1° quelles sont les causes de rescision de l'acceptation ; 2° par quelles personnes elles peuvent être invoquées et dans quels délais ; 3° quels sont les effets de la rescision prononcée par la justice.

N° 1. Causes de rescision de l'acceptation.

159. Notre article en indique deux : le dol, auquel il y a lieu d'assimiler ici la violence, et, dans un cas particulier, la lésion.

Cette énumération n'est pas complète. Il y a lieu d'ajouter : 1° l'inaccomplissement des formalités prescrites par la loi, lorsque la succession était déférée à un incapable. Nous en avons déjà parlé (*supra* n. 149); 2° la fraude commise par l'héritier qui a accepté sciemment une succession obérée, dans le but de nuire à ses créanciers. Cette dernière cause de rescision n'est qu'une application particulière de l'action *paulienne,* application que nous retrouverons sous l'art. 1167. Nous n'avons donc à nous occuper ici que des causes de rescision consacrées par notre article.

1. *Dol.*

160. Le *dol* est tout artifice dont on se sert pour tromper autrui : *omnis fraus, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Ainsi on persuade à un successible par des manœuvres dolosives que la succession à laquelle il est appelé est avantageuse, et on le détermine par ce moyen à accepter cette succession, qu'il se serait empressé de répudier si on ne l'avait pas empêché de connaître la vérité. L'acceptation est ici la conséquence, la *suite,* comme dit notre article, du dol pratiqué contre l'héritier, puisqu'on suppose que sans ce dol il n'aurait pas accepté. Il pourra obtenir la rescision de son acceptation, mais à la condition bien entendu de prouver le dol dont il se dit victime; car, ici comme ailleurs, le dol « ne se » présume pas, il doit être prouvé » (art. 1116 al. 2).

* D'après l'art. 1116, le dol n'est une cause de rescision en matière de contrats qu'autant qu'il a été commis par l'un des contractants envers l'autre. Notre article ne contenant aucune restriction de ce genre, il faut en conclure que le dol pourra entraîner la rescision de l'acceptation, quel qu'en soit l'auteur. Peu importera donc qu'il ait été pratiqué par l'une des personnes intéressées à l'acceptation du successible, tel qu'un créancier ou un légataire, ou par tout autre. La doctrine, sauf quelques dissentiments isolés, et la jurisprudence sont en ce sens. Et en effet comment le législateur, en rédigeant d'une manière si différente les art. 1116 et 783, dont le premier est conçu IN PERSONAM, tandis que le second *generaliter et* IN REM *loquitur,* n'aurait-il pas eu l'intention de créer une différence juridique entre les deux situations qu'il réglait?

* D'ailleurs on peut donner de cette différence une explication satisfaisante. L'acceptation d'une succession est le résultat d'une seule volonté, celle du successible, tandis que le contrat est le produit de deux volontés dont l'accord constitue

le consentement. La volonté du successible qui accepte, c'est donc l'acceptation tout entière, tandis que la volonté de chaque contractant ne forme que la moitié du contrat. Or on conçoit que la loi admette plus facilement une personne à faire rescinder son œuvre exclusive que l'œuvre qui lui est commune avec un autre. D'autant plus que la rescision d'un contrat, obtenue par l'un des contractants, enlèvera à l'autre un droit, qu'il avait acquis par un effort personnel, et sur la solidité duquel il devait compter; tandis que la rescision de l'acceptation nuira le plus souvent à des intéressés qui n'ont rien fait pour obtenir cette acceptation, et qui ne devaient pas y compter si la succession était mauvaise. Dans ces conditions, il a pu paraître équitable de n'admettre le dol comme cause de rescision des contrats que lorsqu'il a été commis par l'un des contractants envers l'autre (art. 1116) : la rescision nous apparaît alors comme une juste réparation accordée à la victime du dol aux dépens de son auteur; tandis qu'en matière d'acceptation on a dû ne pas se préoccuper de la provenance du dol.

2. *Violence.*

161. Les Romains disaient : *metus* (la violence) *dolum in se recipit.* La violence en effet n'est qu'un dol avec circonstances aggravantes; car, alors que l'auteur du dol se borne à des insinuations, l'auteur de la violence ne craint pas d'user de menaces ou de voies de fait; il joint l'intimidation ou la force à la ruse. Ce que la loi dit ici du dol doit donc s'appliquer à plus forte raison à la violence ; par conséquent la violence comme le dol sera une cause de rescision de l'acceptation, En matière de contrats, il y avait une raison pour mentionner la violence à côté du dol, parce qu'elle produit des effets plus puissants. Cpr. art. 1111 et 1116. Le législateur, qui voulait ici l'assimiler complètement au dol, a pu se borner à un sous-entendu.

3. *Lésion.*

162. En général, la lésion n'est pas dans notre droit une cause de rescision des actes ou contrats (art. 1118 et 783, et arg. de ces art.). Par exception à cette règle, la loi admet la lésion comme cause de rescision de l'acceptation, lorsque « la succession se trouve-» rait absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un » testament inconnu au moment de l'acceptation » (art. 783). Deux conditions sont donc requises pour qu'il puisse y avoir lieu à la rescision qui nous occupe :

1° Que l'on découvre un testament « inconnu lors de l'acceptation », inconnu de l'héritier, bien entendu. S'il en connaissait l'existence, il ne pourra donc pas demander la rescision, alors même qu'il aurait ignoré ses dispositions ; il aurait dû en prendre connaissance avant d'accepter.

2° Que la succession soit « absorbée ou diminuée de plus de moitié » par ce testament.

Le mot *absorbée* ne pouvant s'appliquer qu'à l'actif net de la succession, puisque les legs ne sont payés qu'après les dettes, nous en concluons que les mots *diminuée*

de plus de moitié s'appliquent à l'actif net également, et non, comme on l'enseigne généralement, à l'actif brut. Ainsi le défunt a laissé 100,000 fr. de biens et 90,000 fr. de dettes ; l'actif net est donc de 10,000 fr. La découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, qui lègue plus de 5,000 fr., suffira pour que l'héritier puisse demander la rescision. On conçoit en effet que l'héritier, qui a consenti à se charger de la liquidation de la succession en vue d'un bénéfice de 10,000 fr., puisse estimer qu'il y aura pour lui plus de perte que de profit à se charger de cette liquidation, si elle ne doit lui laisser en définitive que deux ou trois mille francs par exemple. D'après l'opinion générale, au contraire, il faudrait dans l'espèce proposée que le testament découvert contînt des legs s'élevant à plus de 50,000 fr., somme égale à la moitié de l'actif brut, pour qu'il pût y avoir lieu à la rescision.

D'ailleurs il ne paraît pas nécessaire, ainsi qu'on vient de le voir par l'espèce proposée tout à l'heure, que l'héritier, pour réussir dans sa demande en rescision, démontre l'existence d'une lésion proprement dite, c'est-à-dire qu'il prouve que l'exécution du testament découvert aura pour résultat de lui faire subir une perte sur ses biens. Il résulte en effet, par argument *a contrario,* des termes de notre article, que la découverte d'un testament, dans les conditions qui viennent d'être indiquées, permet à l'héritier de réclamer *sous prétexte de lésion,* c'est-à-dire en invoquant une lésion qui n'en serait peut-être pas une d'après les règles du droit commun, une lésion qui ne constitue pas l'héritier en perte, mais l'empêche seulement de gagner ou de gagner assez. Mais on conçoit cependant que c'est surtout en vue du cas où la découverte du testament causerait à l'héritier une véritable lésion, une lésion consistant en ce qu'il serait obligé de sacrifier une partie de son patrimoine personnel pour procurer l'exécution du testament, que notre article a dû établir la cause de rescision qui nous occupe; car on s'expliquerait difficilement que la loi eût organisé une action en rescision, uniquement en vue d'un *prétexte de lésion.* Or cette véritable lésion ne peut guère se concevoir qu'en admettant, comme nous l'avons enseigné au n. 32, que l'héritier est tenu même *ultra vires hereditatis* du paiement des legs; et l'art. 783 fournit ainsi un argument très puissant en faveur de notre thèse.

* Ceux qui pensent que l'héritier pur et simple n'est tenu du paiement des legs qu'*intra vires hereditatis* ont bien senti la puissance de ce dernier argument; et, pour y échapper, ils se sont ingéniés à démontrer que la découverte d'un testament peut causer une véritable lésion à l'héritier, même en ne le supposant tenu du paiement des legs qu'*intra vires hereditatis.* Mais on les a accusés avec raison d'avoir imaginé des hypothèses qui sont presque trop ingénieuses, en ce sens que le législateur n'y a certainement pas songé en décrétant l'art. 783. Voici la plus raisonnable parmi celles qui ont été proposées. On suppose le cas où un héritier, donataire du défunt sans clause de préciput, qui a estimé, tout compte fait, avoir plus d'intérêt à accepter, sauf à effectuer le rapport, qu'à répudier pour s'en tenir à son don, verrait son calcul déjoué par la découverte d'un testament dont l'exécution réduira sa part à un chiffre inférieur au montant de son don. La rescision de son acceptation, à la suite de laquelle il renoncera pour reprendre son don, le sauvera donc d'une perte matérielle; car il aura en définitive plus qu'il n'aurait, si son acceptation était maintenue. — Que l'art. 783 puisse avoir cette utilité, nous ne le contesterons pas; mais qu'il ait été écrit en vue de cette hypothèse, voilà ce qu'il est bien difficile d'admettre ; d'autant plus qu'elle suppose des conditions dont notre article ne parle pas du tout, savoir que le successible, qui fait rescinder son acceptation ait des cohéritiers, et qu'il soit donataire du défunt.

* L'art. 783 ne distinguant pas, on doit en conclure que la découverte d'un testament, qui absorbe la succession ou la diminue de plus de moitié, serait une

cause de rescision de l'acceptation, quelle que soit la nature des legs qu'il contient, aussi bien par conséquent lorsque ce sont des legs universels ou à titre universel que lorsque ce sont des legs à titre particulier. Et toutefois, si l'héritier qui a accepté la succession est un héritier non réservataire, et que le testament découvert contienne un legs universel, il n'y aura pas lieu à la rescision de l'acceptation pour cause de lésion, parce que cette acceptation est nulle, l'héritier n'ayant pu valablement accepter une succession dont il était exclu en droit et en fait par le légataire universel (arg. art. 711 et 1006).

163. Telles sont les seules causes de rescision de l'acceptation. Nous sommes ici sur un terrain d'exception; car la rescision déroge au principe de l'irrévocabilité de l'acceptation. Aucune cause de rescision ne saurait donc être admise en dehors de celles que la loi établit, et ses dispositions sur ce point doivent recevoir l'interprétation restrictive. Ainsi la découverte de dettes inconnues lors de l'acceptation, quelque considérables qu'elles soient, ne saurait autoriser l'héritier à faire rescinder son acceptation; ni la découverte d'aliénations à titre onéreux ou à titre gratuit faites par le défunt, alors même qu'elles porteraient sur la plus grande partie des biens, et sans même excepter le cas où elles auraient été faites avec réserve d'usufruit, bien qu'alors, le *de cujus* étant demeuré en possession jusqu'à son décès, l'héritier ait pu être autorisé à le croire propriétaire des biens qu'il détenait. L'art. 783 est formel: la lésion résultant de la découverte d'un testament peut seule autoriser la rescision de l'acceptation. Le législateur a sans doute considéré que l'héritier découvrira plus facilement l'existence des dettes et des aliénations que celle d'un testament, que l'on dissimule ordinairement pour ne pas blesser la susceptibilité de ceux qu'il dépouille, et que l'on cache quelquefois si bien qu'il ne se découvre que longtemps après le décès du testateur, quand il ne demeure pas toujours ignoré.

* Et remarquez que la loi vise uniquement le cas d'un testament dépouillant l'héritier. L'héritier, qui, après avoir accepté, découvre un testament contenant un legs fait à son profit sans clause de préciput, ne pourra donc pas, pour recueillir le bénéfice de ce legs conformément à l'art. 845, faire rescinder son acceptation qui l'empêche d'en réclamer le montant (art. 843).

N° 2. Par qui la rescision de l'acceptation peut être demandée.

164. Bien que notre article ne parle que du *majeur*, on reconnaît que le bénéfice en serait applicable à l'héritier mineur. Concevrait-on qu'il fût moins protégé que le majeur?

Toutefois, la rescision de l'acceptation ayant pour principal avantage de soustraire l'héritier au paiement des dettes et charges *ultra vires*, on conçoit que ce secours sera rarement utile au mineur, puisque la succession qui lui est échue ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, et on s'explique ainsi à merveille que la loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, n'ait pas parlé du mineur, pour lequel la restitution sera ici une rare exception.

* La loi n'ayant pas assigné une durée particulière à l'action en rescision de l'acceptation, on doit en conclure qu'elle ne se prescrirait que par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262). Il paraît difficile d'appliquer ici, comme le veulent quelques auteurs, la prescription de dix ans de l'art. 1304, qui ne vise que les actions en nullité ou en rescision des *conventions*.

N° 3. **Effets de la rescision prononcée par la justice.**

165. L'acceptation rescindée est à considérer comme non avenue. Les choses sont donc remises au même état que si elle n'avait jamais eu lieu.

* Cet effet se produit *erga omnes*. Il en est ainsi, même au cas où l'acceptation est rescindée pour cause de dol. Ce point a été contesté à tort. L'acceptation, de quelque façon qu'elle se soit produite, peut être invoquée par tous les intéressés; sa rescision, quelle qu'en soit la cause, doit pouvoir être opposée à tous.

L'héritier dont l'acceptation est rescindée, se trouvant dans la même situation que s'il n'avait jamais accepté, pourra donc exercer son droit d'option dans toute sa plénitude, et rien ne s'oppose théoriquement à ce qu'il accepte de nouveau la succession, même purement et simplement. Ordinairement il renoncera; alors il sera considéré comme n'ayant jamais été héritier (art. 785), et de là résultent notamment deux conséquences : 1° il sera obligé de restituer à qui de droit (art. 786) tout ce qu'il a reçu *jure heredis;* 2° il pourra demander la restitution de ce qu'il a payé *de suo* pour satisfaire aux charges héréditaires et de tout ce qu'il a rapporté à la succession (arg. art. 843 et 845). Quant aux aliénations qu'il a pu consentir, il y aurait lieu d'appliquer les règles relatives aux aliénations consenties par l'héritier apparent. V. tome I, n. 393.

§ IV. *De la succession par transmission.*

166. Le droit héréditaire se fixe sur la tête de l'héritier désigné par la loi, à l'instant même de l'ouverture de la succession (art. 711). Si donc il meurt, fût-ce un instant de raison après cette ouverture, il transmet son droit héréditaire à ses propres héritiers, et il le leur transmet tel qu'il lui appartient, par conséquent avec le droit d'option qui y est attaché, s'il ne l'a pas encore exercé. Ceux-ci pourront donc, soit accepter, purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, soit répudier la succession transmise. Mais ils ne peuvent exercer ce droit d'option que du chef de leur auteur et comme héritiers de celui-ci. Ils font donc acte d'héritiers en l'exerçant; d'où il résulte qu'en prenant parti soit dans un sens, soit dans l'autre, relativement à la succession qui était échue à leur auteur, ils acceptent tacitement la succession de celui-ci (arg. art. 778). Nous venons d'analyser la disposition de l'art. 781, ainsi conçu : « *Lorsque celui à qui une* » *succession est échue, est décédé sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir*

» *acceptée expressément ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter* » *ou la répudier de son chef* ».

Le cas qui nous occupe est ordinairement désigné sous le nom de *succession par transmission,* parce que les héritiers du successible décédé exercent un droit héréditaire échu à leur auteur et à eux *transmis* par celui-ci. Cette expression est commode pour désigner d'un mot une hypothèse, qu'il faudrait nécessairement, en l'absence d'une dénomination spéciale, indiquer au moyen d'une périphrase.

Mais on se tromperait gravement en croyant que la *transmission* constitue un mode de succession particulier et distinct; car nous ne rencontrons ici que l'application de cette règle de droit commun : que les héritiers succèdent à tous les droits de leur auteur. Il n'est donc pas exact de dire, comme on le fait quelquefois, qu'on peut succéder de trois manières : de son propre chef, par représentation et par *transmission.* Pour que ce langage fût correct, il faudrait que celui que l'on dit succéder *par transmission* fût héritier dans la succession transmise ; or il ne l'est pas: cette qualité appartenait à son auteur dont il vient exercer les droits, celui-ci n'ayant pas eu le temps de les exercer lui-même. Tout autre est le cas de la représentation. Le représentant est véritablement héritier; c'est lui qui succède, en montant dans un degré qui n'est pas le sien, et il succède autrement que s'il venait de son chef, car, s'il succédait de son chef, le partage se ferait *par tête,* tandis que la représentation donne lieu au partage *par souche.* Succéder par représentation est donc autre chose que succéder de son chef. Il y a là deux modes de succéder tout à fait distincts; tandis que la succession par transmission n'offre rien de particulier. Pour mieux dire, on ne succède pas par transmission, parce que, pour succéder, il faut être héritier, et cette qualité n'appartient pas ici à celui qui vient exercer le droit héréditaire transmis, mais bien au défunt du chef duquel ce droit est exercé.

Ainsi donc le représentant est héritier de celui à la succession duquel il vient par représentation; au contraire celui qui recueille une succession par transmission n'est pas héritier du défunt qui a laissé cette succession, il est héritier de l'héritier auquel cette succession était acquise et qui la lui a transmise comme et avec le reste de ses biens.

* **167.** De là toute une série de différences entre la représentation et la transmission :

1° La représentation suppose que la personne représentée est morte avant l'ouverture de la succession (art. 744). La transmission, au contraire, suppose que celui du chef duquel on recueille la succession transmise a survécu au *de cujus;*

2° Le représentant doit le rapport de ce qu'il a reçu personnellement du défunt à titre gratuit; car il est son héritier, et le rapport est dû par toute personne qui a la double qualité de donataire et d'héritier (art. 843). Au contraire, celui qui recueille une succession par transmission ne doit pas le rapport de ce qu'il a reçu personnellement du premier défunt;

3° On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé (art. 843). Au contraire, on ne peut recueillir une succession par transmission qu'à la condition d'accepter la succession de l'héritier auquel elle est échue;

4° En acceptant ou en répudiant une succession à laquelle on est appelé par représentation, on n'accepte pas tacitement la succession du représenté (arg. art. 744), tandis qu'en acceptant ou en répudiant la succession transmise, on accepte tacitement la succession de celui auquel elle a été déférée.

* **168.** L'héritier du successible décédé sans avoir pris parti, pourrait fort bien, s'il était appelé personnellement à la succession que son auteur lui a trans-

mise, la répudier du chef de celui-ci pour l'accepter ensuite de son propre chef. Il y trouverait l'avantage de ne payer à la régie de l'enregistrement et des domaines qu'un droit de mutation au lieu de deux. Ainsi mon aïeul est mort avant mon père, son unique héritier ; celui-ci meurt lui-même avant d'avoir pris parti. Je pourrai fort bien répudier de son chef la succession de mon aïeul et l'accepter du mien ; il n'y aura de cette façon qu'une mutation de mon aïeul à moi, et par suite qu'un seul droit à payer. Il y en aurait deux, au contraire, si j'acceptais la succession de mon aïeul du chef de mon père : un pour la mutation de mon aïeul à mon père, un autre pour la mutation de mon père à moi.

* **169.** L'art. 781 n'étant qu'une application pure et simple de ce principe que l'héritier succède à tous les droits qui appartiennent à son auteur, on doit en conclure que, si un successible est mort après avoir répudié une succession à laquelle il était appelé, ses héritiers pourront la reprendre en l'acceptant, au cas où elle n'aurait pas encore été acceptée par d'autres héritiers. En agissant ainsi, en effet, ils ne font qu'user du droit qui appartenait à leur auteur (art. 790). L'argument, qu'on pourrait chercher à tirer contre cette solution des mots « sans l'avoir répudiée » ou sans l'avoir acceptée » de l'art. 781, tombe devant cette considération qu'ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit.*

170. L'application de l'art. 781 ne présente aucune difficulté, lorsque le successible, qui est mort avant d'avoir pris parti, ne laisse qu'un héritier, ou même lorsqu'il en laisse plusieurs s'ils s'entendent sur le parti à prendre. Mais que décider, si cet accord n'existe pas? Ainsi le successible, décédé sans avoir pris parti, laisse trois héritiers; l'un veut répudier la succession transmise, l'autre est d'avis de l'accepter purement et simplement, le troisième estime qu'il est préférable d'accepter sous bénéfice d'inventaire. L'art. 782 tranche le conflit dans les termes suivants : « *Si ces héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou » pour répudier la succession, elle doit être acceptée sous bénéfice d'inven- » taire* ». C'est une innovation. Dans notre ancien droit, le différend était réglé par le juge, qui était chargé de statuer sur le *quid utilius.* Il paraît que c'était une source de difficultés, et c'est pour la tarir que notre article a établi la nouvelle règle qu'on vient de lire. Treilhard a cru la justifier en disant : « La règle nouvelle est plus simple que l'ancienne, et elle ne nuit à personne ».

* Qu'elle soit plus simple, c'est possible ; qu'elle ne nuise à personne, c'est plus que douteux. En formulant cette assertion, Treilhard a oublié que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'est pas toujours le meilleur parti à prendre (*supra* n. 144). Dans telle hypothèse, où la renonciation serait certainement préférable à une acceptation même sous bénéfice d'inventaire, il pourra arriver que ce dernier parti soit imposé à tous les héritiers par la résistance d'un seul, qui refuse de se rendre à l'évidence. On aurait évité cet inconvénient en laissant chaque héritier libre d'opter dans tel sens qu'il jugerait le plus conforme à ses intérêts. Il est vrai qu'on serait arrivé ainsi à ce résultat d'autoriser les héritiers du successible décédé à opter dans divers sens, alors que leur auteur n'aurait pu opter que dans un seul : ce qui paraît contraire à la règle que les héritiers n'ont pas plus de droits que leur auteur. Mais cette considération n'a pas empêché le législateur, dans une hypothèse très voisine de celle qui nous occupe (art. 1475), d'autoriser des héritiers à exercer divisément un droit d'option dont l'exercice était indivisible pour leur auteur, ce qui

d'ailleurs paraît n'être qu'une application du principe général consacré par l'art. 1220, et il est peut-être regrettable que le législateur n'ait pas suivi la même inspiration dans l'hypothèse qui nous occupe. Chaque héritier eût été l'arbitre de son sort.

SECTION II

DE LA RENONCIATION AUX SUCCESSIONS

171. Définition. — La *renonciation* ou *répudiation* est l'acte par lequel un successible déclare sa volonté de demeurer étranger à la succession qui lui est échue. La loi donne la saisine, mais elle ne l'impose pas; l'héritier est saisi *ignorans,* mais non *invitus.*

I. *Forme et conditions requises.*

172. Forme. — A la différence de l'acceptation, qui peut être expresse ou tacite, la renonciation ne peut être qu'expresse. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 784 1re partie, en déclarant que : « *La renonciation à une succession ne se présume pas* ». La loi suppose volontiers chez une personne l'intention d'acquérir un droit, mais non celle de s'en dépouiller, conformément à l'adage *Nemo juri suo facile renuntiare præsumitur.*

Non seulement le successible qui veut renoncer doit manifester expressément sa volonté, mais il doit la manifester dans la forme prescrite par la loi. La renonciation est un acte solennel, c'est-à-dire un acte dans lequel *forma dat esse rei.* Elle avait déjà ce caractère dans notre ancienne jurisprudence. « Suivant notre droit, dit Pothier, les renonciations aux successions ne peuvent se faire que par un acte devant notaire, ou par un acte au greffe, ou par une déclaration faite en justice dont le juge donne acte ». La pratique s'est chargée de démontrer les inconvénients des renonciations faites devant notaire. Comment les tiers intéressés pourront-ils en découvrir l'existence? A quel notaire s'adresseront-ils pour savoir si le successible a renoncé? Et puis, en supposant qu'ils découvrent le notaire qui a reçu la renonciation, ils pourront se heurter à un autre obstacle : le notaire ne doit pas communication de ses minutes au premier venu. Aussi notre article a-t-il consacré une heureuse innovation, en décidant que la renonciation « NE PEUT PLUS *être faite qu'au greffe du tribunal de première ins-* » *tance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un* » *registre particulier tenu à cet effet* ». Cpr. C. pr. art. 997. Désormais rien ne sera donc plus facile aux intéressés que de savoir si un successible a renoncé : ils n'auront qu'à consulter le registre dont parle notre article, registre qui est à la disposition du public.

La renonciation à un legs même universel n'est pas soumise aux conditions de forme prescrites pour la renonciation à succession. L'art. 784 déroge au droit commun, d'après lequel les actes juridiques en général ne sont soumis à aucune condition de

forme pour leur validité, et il doit à ce titre recevoir l'interprétation restrictive. Nancy, 1er février 1884, Sir. 86. 2. 136, et Pau, 22 avril 1884, Sir. 86. 2. 188.

Le successible qui veut renoncer se présente ordinairement au greffe, assisté d'un avoué. Mais cette formalité n'a pas d'autre but que de certifier l'identité du successible, qui peut n'être pas personnellement connu du greffier, et par suite son absence n'entraînerait pas la nullité de la renonciation. *Non obstat* tarif du code de procédure, art. 91.

Le successible qui renonce n'est pas obligé de notifier sa renonciation aux intéressés; car nulle loi ne l'y oblige.

173. Conditions requises. — Le principe, qui prohibe d'une manière générale les pactes sur succession future, ne permet pas plus la répudiation que l'acceptation d'une succession non ouverte.

L'application du principe n'ayant jamais fait de doute en ce qui concerne l'acceptation, notre législateur s'est borné à la sous-entendre; mais il a cru devoir s'expliquer en ce qui concerne la renonciation, pour proscrire l'antique usage des renonciations à succession future, que notre ancien droit autorisait dans les contrats de mariage. Souvent un père, en constituant une maigre dot à sa fille dans le contrat de mariage de celle-ci, la faisait renoncer par ce même acte à sa succession future. On procédait quelquefois de la même façon à l'égard de l'enfant puîné au profit de l'aîné. « Tout cela avait été imaginé, dit Pothier, afin de conserver les biens dans les familles et de soutenir par ce moyen la splendeur du nom ». Le principe d'égalité, qui a présidé à la confection du code civil, ne permettait pas le maintien de ces traditions. Mais il était bon de le dire, et c'est ce qu'a fait l'art. 791, ainsi conçu : » *On ne peut,* MÊME PAR CONTRAT DE MARIAGE, *renoncer à la succession d'un homme* » *vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession* ».

La haine traditionnelle des législateurs pour les pactes sur succession future s'explique. Ces pactes inspirent une vive répugnance, parce qu'ils contiennent un *votum mortis.* Nos anciens n'avaient pas d'expressions assez énergiques pour les flétrir. En voici un qui les désigne sous le nom de *corvina pactio.* Un autre adresse à ceux qui font des pactes de ce genre cette sanglante apostrophe : *Si vultur es, cadaver expecta.* Il semble que notre législateur ait voulu enchérir encore sur cette sévérité. En effet il prohibe les pactes sur succession future, même dans certaines hypothèses où notre ancienne jurisprudence les tolérait (voyez art. 791). Le consentement de celui à la succession duquel ces pactes sont relatifs ne les validerait même pas, comme en droit romain. Et cependant la prohibition n'est pas absolue : dans certains cas exceptionnels, notre législateur autorise des conventions de ce genre. Nous en avons rencontré un exemple dans l'art. 761 ; nous en trouverons d'autres dans les art. 918, 1082 et s.

174. Pothier dit que la renonciation à succession *ressent* l'aliénation. Ce n'est pas tout à fait une aliénation en effet. Dans l'aliénation, l'aliénateur transmet à un autre le droit dont il se dépouille; aliéner, c'est *rem suam alienam facere.* Or l'héritier qui renonce se dépouille bien de son droit, mais il ne le *transmet* pas à un autre : celui qui l'acquerra en son lieu et place, le tiendra, non de lui, mais de la loi. La renon-

ciation est donc une *abdication* plutôt qu'une *aliénation*. Mais, en fait, elle produit pour le renonçant le même résultat qu'une aliénation, puisqu'elle le prive de son droit ; aussi Pothier dit-il que, pour renoncer, il faut avoir la capacité d'aliéner. Ce n'est pas tout à fait le point de vue auquel paraît s'être placé notre législateur ; car nous voyons que le tuteur peut répudier une succession échue à son pupille, avec la seule autorisation du conseil de famille, tandis que cette condition n'est pas toujours suffisante pour habiliter le tuteur à aliéner (V. art. 457-458). La pensée que semble révéler l'art. 461, est celle d'une assimilation de la renonciation à l'acceptation, au point de vue de la capacité requise. Ce qui est d'ailleurs assez rationnel : *contrariorum eadem est disciplina ; is potest repudiare qui acquirere potest.* Nous dirons donc que la capacité, requise pour pouvoir valablement renoncer à une succession, est la même que celle requise pour l'accepter (*supra* n. 148).

II. *Effet de la renonciation.*

175. « *L'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été héritier* », dit l'art. 785.

* Ce texte prouve, nous l'avons déjà dit (*supra* n. 146), que l'héritier est saisi sous la condition résolutoire de sa renonciation ; cette condition, une fois accomplie, produit un effet rétroactif au jour où le droit de l'héritier a pris naissance (arg. art. 1179 et 1183). Il prouve aussi, par sa combinaison avec l'art. 724, que l'héritier, appelé au lieu et place du renonçant, doit être considéré comme ayant toujours été saisi. L'art. 790, qui permet à l'héritier renonçant de revenir sur sa renonciation tant que la succession n'a pas été acceptée par d'autres héritiers, n'infirme en rien cette induction, comme on l'a prétendu. Tout ce qui résulte de ce texte, c'est que la saisine est déférée à l'héritier appelé au lieu et place du renonçant, sous la condition résolutoire d'une acceptation faite par celui-ci *rebus integris.*

Le principe consacré par l'art. 785 engendre un grand nombre de conséquences, et particulièrement les suivantes :

1° L'héritier qui a renoncé ne doit pas le droit de mutation ;

2° Il demeure étranger à l'actif comme au passif héréditaire ; il doit donc restituer à qui de droit *quidquid ad eum ex hereditate pervenit,* même les fruits qu'il a pu percevoir ;

3° Il ne doit pas le rapport (art. 843 et 845) ;

4° Les droits, qui existaient au profit du défunt contre l'héritier ou réciproquement, ne sont pas éteints par la confusion ;

5° Aucun droit n'a pu valablement s'établir sur les biens héréditaires du chef du successible qui renonce ; ainsi, s'il est marié, l'hypothèque légale de sa femme ne se sera jamais imprimée sur les biens héréditaires ;

6° La part du renonçant sera attribuée à ceux que la loi appelle à son défaut, à ceux auxquels sa présence faisait obstacle, absolument comme s'il n'avait jamais existé quant à la succession, comme s'il

n'avait jamais été héritier (art. 785). C'est ce que dit, dans une formule assez peu satisfaisante, l'art. 786, ainsi conçu : « *La part du renonçant » accroît à ses cohéritiers; s'il est seul, elle est dévolue au degré subsé- » quent* ».

Nous disons que la loi se sert ici de termes impropres.

En effet, tout d'abord, si le renonçant a plusieurs cohéritiers, sa part ne profitera pas toujours à chacun d'eux, comme la loi paraît le dire. Ainsi, le défunt ayant laissé son père et deux frères, si l'un des frères renonce, sa part reviendra tout entière à l'autre frère ; le père n'en profitera pour aucune partie, et cependant il est un cohéritier du renonçant. On règlera la succession comme on l'aurait réglée si le défunt n'avait laissé que son père et un seul frère. Ainsi le veut l'art. 785, dont l'art. 786 n'est qu'une conséquence mal déduite. De même dans tous les cas où il y a lieu au partage de la succession entre les deux lignes de parenté du défunt, la renonciation de l'un des héritiers d'une ligne ne profitera qu'aux cohéritiers de sa ligne et non à ceux de l'autre. On pourrait multiplier ces applications.

D'autre part, la loi a peut-être tort de dire que, si le renonçant est seul de son degré, *sa part* ou mieux *son droit* est dévolu « au degré subséquent » ; il eût été plus correct de dire : *aux héritiers appelés à son défaut*. Ainsi, le défunt laissant un oncle, un frère germain et un petit-neveu (petit-fils de ce frère), si le frère appelé en première ligne renonce, c'est le petit-neveu qui sera appelé à sa place par préférence à l'oncle, bien que celui-ci soit d'un degré plus rapproché, étant parent du défunt au troisième degré, tandis que le petit-neveu ne l'est qu'au quatrième.

Les cohéritiers du renonçant et les héritiers du degré subséquent tiennent leur droit de la loi, et non du renonçant. Ce n'est pas celui-ci qui leur transmet sa part : il ne peut la transmettre à qui que ce soit sans accepter la succession purement et simplement; c'est la loi qui les appelle à la recueillir.

De là résulte une conséquence importante : c'est que les cohéritiers ou les héritiers du degré subséquent, qui recueillent la part du renonçant, ne sont pas tenus de ses obligations. Nous faisons allusion au rapport (art. 843 et 845).

176. Le droit, en vertu duquel les cohéritiers du renonçant recueillent sa part, porte le nom d'*accroissement;* celui en vertu duquel cette part est déférée aux héritiers du degré subséquent, s'appelle *dévolution,* mot qui se prend aussi dans une autre acception (*supra* n. 65).

* Les auteurs remarquent, avec quelque subtilité peut-être, que le droit, accordé aux cohéritiers du renonçant, de recueillir la part de celui-ci, aurait été désigné plus exactement par le mot *non-décroissement* que par celui d'*accroissement,* que l'art. 786 consacre conformément à une tradition plusieurs fois séculaire. En effet, dit-on, le mot *accroissement* semble indiquer que le renonçant *transmet* son droit à ses cohéritiers, il implique l'idée d'une *cession;* or on a vu que les cohéritiers du renonçant tiennent leur droit de la loi. Le prétendu accroissement de l'art. 786 n'est qu'une conséquence de la solidarité de vocation, établie entre tous les héritiers appelés à une même succession : s'ils viennent tous, comme il est impossible de donner la succession tout entière à chacun, il faudra bien opérer entre eux un partage, *concursu partes fiunt;* mais si tous moins un se retirent, ce dernier prendra le tout, parce que l'obstacle, qui s'opposait à l'exercice intégral de son droit, a désormais disparu. Il y a donc, à vrai dire, *non-décroissement.*

Le mot *dévolution,* que notre article emploie pour désigner le droit en vertu duquel la part du renonçant, quand il est seul de son degré, passe aux héritiers appelés à son défaut, ne prête pas à la même critique; il est même très bien choisi

pour exprimer cette idée que c'est la loi qui dispose du droit du renonçant, et non le renonçant lui-même.

177. L'accroissement est forcé, comme en droit romain, *partes renuntiantium accrescunt invitis.* Les cohéritiers du renonçant ne pourraient donc pas refuser sa part pour s'en tenir à la leur : ce serait une violation de la règle *Nemo pro parte heres.* A cela rien d'injuste ; car de deux choses l'une : ou l'acceptation des cohéritiers du renonçant est postérieure à la renonciation de celui-ci, et alors c'est bien volontairement qu'ils ont accepté sa part ; ou bien elle est antérieure, et alors ils ont dû prévoir la possibilité d'une renonciation de leur cohéritier et l'accroissement qui devait en être la conséquence.

* Il y a cependant un cas dans lequel l'injustice semble apparaître : c'est celui où un héritier, qui avait accepté *avant les autres,* fait rescinder son acceptation et renonce ensuite à la succession. Ainsi *Primus* et *Secundus* sont appelés à une même succession ; *Primus* accepte, *Secundus* accepte après lui ; puis *Primus* fait rescinder son acceptation et renonce. Il peut paraître injuste d'imposer l'accroissement à *Secundus,* qui a accepté après *Primus* et qui a dû compter par conséquent que celui-ci l'aiderait à supporter les charges de la succession. Aussi quelques auteurs ont-ils soutenu que l'accroissement ne serait pas forcé dans ce cas. Mais cette solution, qui pourrait avoir pour résultat de laisser la succession vacante pour partie, doit être rejetée. La loi ne distingue pas ; elle dit impérativement : « La part du renonçant *accroît* à ses cohéritiers ». D'ailleurs il n'était pas impossible à l'héritier, qui a accepté après d'autres, de prévoir que ceux-ci pourraient plus tard renoncer après avoir fait rescinder leur acceptation.

178. Observation. — La règle que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, n'est pas absolue ; elle n'empêche pas l'héritier renonçant d'avoir valablement représenté l'hérédité jusqu'à sa renonciation, et laisse subsister par conséquent l'effet des actes qu'il a accomplis pendant cette période comme administrateur des biens de la succession et l'effet des poursuites qui ont été exercées contre lui, notamment au point de vue de l'interruption de la prescription et du cours des intérêts. D'un autre côté, notre règle reçoit exception au cas de représentation. Nous connaissons la disposition de l'art. 787, aux termes duquel : « *On ne vient » jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé : si le renonçant est seul » héritier de son degré, ou si tous ses cohéritiers renonçent, les enfants viennent de » leur chef, et succèdent par tête* ».

III. *De l'irrévocabilité de la renonciation.*

179. En principe, la renonciation est irrévocable, de même que l'acceptation. Cette règle comporte cependant une exception remarquable, que l'art. 790 formule en ces termes : « *Tant que la prescrip- » tion du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont » renoncé, ils ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle » n'a pas déjà été acceptée par d'autres héritiers ; sans préjudice néan- » moins des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur les biens de la » succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec » le curateur à la succession vacante* ».

Ainsi l'héritier qui a renoncé peut, tant que les choses sont encore entières, c'est-à-dire tant que le droit héréditaire dont il s'est dépouillé n'est pas prescrit et qu'il n'a pas encore été acquis par un autre, reve-

nir sur ses pas et accepter la succession soit expressément, soit tacitement. Cette faveur, qui avait d'abord été accordée à titre de privilège au mineur seulement par l'art. 462, a été généralisée par l'art. 790. Ces deux textes, conçus absolument dans le même ordre d'idées, ne doivent pas être isolés l'un de l'autre; ils s'éclairent et se complètent réciproquement.

Dans notre ancien droit, on n'autorisait pas l'héritier renonçant à revenir sur sa renonciation, et il est certain qu'il y a dans cette faculté quelque chose d'exorbitant. L'héritier qui renonce est regardé comme n'ayant jamais été saisi (arg. art. 785); par conséquent ceux que la loi appelait concurremment avec lui ou à son défaut doivent être considérés comme ayant toujours été saisis en son lieu et place (arg. art. 724). La loi permet donc au renonçant de s'emparer d'un droit dont il s'est dessaisi et dont un autre est saisi à sa place ! Tout ce qu'on peut dire pour justifier cette disposition, qui, paraît-il, a été admise principalement dans le but de diminuer les chances de vacance des successions, c'est que la loi, qui donne la saisine à l'héritier appelé au lieu et place du renonçant, avait bien le droit de ne la lui donner que sous condition, sous cette condition résolutoire qu'elle sera considérée comme non avenue si le renonçant revient sur ses pas *rebus integris*. Quoi qu'il en soit, la disposition qui nous occupe, on l'a remarqué fort justement, présente cette singularité qu'entre le renonçant et celui qui est appelé à son défaut la succession appartient au premier occupant.

180. Deux conditions sont requises pour que le renonçant puisse revenir sur sa renonciation.

1° Qu'il n'y ait pas contre lui prescription du droit d'accepter. Cette prescription, comme nous le verrons plus loin, s'accomplirait par trente ans (art. 789);

2° Que la succession n'ait pas été déjà acceptée par d'autres *héritiers* (expression qui est prise ici *lato sensu* et comprend même les successeurs irréguliers); car alors il y aurait au profit des acceptants un *droit acquis* dont ils ne pourraient pas être dépouillés.

De là il résulte : 1° que le renonçant ne pourra pas revenir sur sa renonciation, si ses cohéritiers ou l'un d'eux avaient déjà accepté à l'époque où il a renoncé; leur acceptation comprenait en effet toute l'hérédité (arg. art. 786); 2° que si deux héritiers appelés à une même succession y ont renoncé l'un et l'autre, ils pourront revenir simultanément sur leur renonciation ; mais l'acceptation de l'un rendrait celle de l'autre impossible (arg. art. 786).

181. Le respect que méritent toujours les droits acquis, a porté notre législateur à décider que l'acceptation, faite par un héritier qui a d'abord renoncé, ne peut porter aucun préjudice aux « droits qui » peuvent être acquis à des tiers sur les biens de la succession ». Notre article cite à titre d'exemples :

1° *Les droits acquis par prescription*. Ils devraient être maintenus, alors même que, par suite de la renonciation de l'héritier qui revient aujourd'hui sur ses pas, la succession se serait trouvée vacante; car la vacance n'empêche pas la prescription de courir contre la succession, fût-elle non pourvue d'un curateur (art. 2258 al. 2).

Si on compare l'art. 462, relatif au cas de l'héritier mineur qui revient sur sa renonciation, avec l'art. 790, écrit en vue des héritiers majeurs, on est frappé du silence que le premier de ces textes garde en ce qui concerne la prescription dont parle le second. Il est difficile de ne pas considérer cette différence de rédaction comme intentionnelle, et de n'en pas tirer cette conclusion que l'héritier mineur qui revient sur sa renonciation n'est pas obligé, comme le serait un majeur, de respecter les droits acquis à des tiers par prescription depuis l'ouverture de la succession. Solution qui d'ailleurs est conforme aux principes; car, en vertu de l'art. 777, l'acceptation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. La situation est donc la même pour l'héritier mineur, qui accepte la succession après l'avoir d'abord répudiée, que s'il l'eût acceptée dès le début; or, dans cette hypothèse, la prescription n'aurait certainement pas couru contre lui (arg. art. 2252). On n'a guère affaibli cette argumentation, en objectant qu'aux termes de l'art. 462 le mineur qui revient sur sa renonciation reprend la succession « dans l'état où elle se trouvera lors de la » reprise »; il n'est en effet rien moins que démontré que ces mots fassent allusion aux droits dont la succession se trouverait privée par la prescription.

2° *Les actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante.* Le curateur est en effet le représentant légal de la succession.

* Le principe, que l'héritier qui revient sur sa renonciation doit respecter les droits acquis à des tiers, est général; les deux applications qui précèdent paraissent n'avoir été citées qu'à titre d'exemples. De là nous conclurons, mais il y a controverse sur ce point, que l'héritier réservataire, qui accepte la succession de son auteur après l'avoir répudiée, ne peut plus faire réduire les dons ou les legs qui entament sa réserve. Sa renonciation, en lui faisant perdre son titre d'héritier et par suite de réservataire, a fait naître au profit des donataires ou des légataires un droit acquis à conserver le montant de leur don ou de leur legs (Cass., 5 juin 1878, Sir., 78. 1. 457).

IV. *Des causes pour lesquelles la renonciation peut être attaquée.*

182. Nous n'avons pas à nous occuper ici des cas où la renonciation est inexistante, ce qui arrive : 1° si elle a été faite avant l'ouverture de la succession; 2° si le successible a renoncé à telle succession, croyant renoncer à telle autre (cpr. t. I, n. 495), mais seulement des cas où une renonciation, étant atteinte de certains vices, qui ne l'empêchent pas d'exister provisoirement, peut être déférée à la justice et annulée par celle-ci. Cela peut arriver dans les trois cas suivants :

Premier cas. — De même que l'acceptation, la renonciation peut être annulée, lorsqu'elle a été faite par une personne incapable ou pour son compte sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, par exemple par une femme mariée non autorisée.

Deuxième cas. — De même que l'acceptation également, la renonciation peut être annulée pour cause de dol ou de violence; car ce sont là des causes de rescision des contrats et actes en général.

Mais en aucun cas, la renonciation ne saurait être annulée pour cause de lésion. En effet la lésion, en principe, n'est pas dans notre droit une cause de rescision des actes ou engagements (arg. art. 1118);

il ne peut pas y avoir de rescision pour cause de lésion sans un texte. Le seul qu'on pourrait songer à invoquer ici c'est l'art. 783; mais précisément il n'autorise la rescision pour cause de lésion qu'en ce qui concerne l'*acceptation*, et la nature exceptionnelle de sa disposition ne permet pas de l'étendre à la renonciation. *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.*

Troisième cas, prévu par l'art. 788, ainsi conçu : « *Les créanciers de » celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autori- » ser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son » lieu et place. — Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur » des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances : » elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé* ».

Voici l'espèce prévue et réglée par cet article : Un débiteur qui a plus de dettes que de biens, est appelé à recueillir une succession avantageuse; mais, comme il sait que le profit en sera absorbé par ses créanciers, qu'il tient à ne point payer, il répudie cette succession. Les créanciers, auxquels cette renonciation préjudicie, ont le droit de la faire annuler par la justice. L'action qui leur est accordée à cet effet, doit être intentée contre les héritiers qui ont accepté au lieu et place du débiteur renonçant. Une fois annulée, la renonciation sera considérée comme non avenue, et les créanciers pourront se faire autoriser par la justice et par le jugement même qui prononce la révocation, à accepter ladite succession du chef de leur débiteur, comme ils en auraient le droit si celui-ci n'avait pas renoncé (arg. art. 1166).

C'est une application particulière de l'action, dite *paulienne* ou *révocatoire*, organisée par l'art. 1167. Deux conditions sont exigées d'une manière générale pour l'exercice de cette action : 1° que l'acte attaqué ait causé préjudice aux créanciers (*eventus damni*); 2° qu'il ait été accompli frauduleusement par le débiteur (*consilium fraudis ex parte debitoris*). Notre article n'exige expressément que la première condition; nous aurons à rechercher sous l'art. 1167, s'il y a lieu de suppléer la seconde.

183. Remarquez que les créanciers, qui acceptent ainsi avec l'autorisation de la justice, du chef de leur débiteur, la succession répudiée par celui-ci, ne deviennent point héritiers; ils exercent seulement dans la succession, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances, les droits de leur débiteur, ou mieux ceux qu'il aurait eus s'il n'eût pas renoncé.

De là résultent quatre conséquences :

1° Les créanciers n'ont pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire pour échapper à l'obligation de payer sur leurs biens personnels les dettes de la succession;

2° Ils n'ont pas le droit de s'attribuer en nature les biens de la succession, mais seulement de saisir ces biens et de les faire vendre pour se payer sur le prix. Au cas où le débiteur n'était appelé à la succession que pour partie, les créanciers feront

déterminer sa part par un partage qu'ils provoqueront et auquel ils auront le droit d'assister pour en surveiller les opérations, puis ils se feront payer comme il vient d'être dit sur les biens mis dans le lot de leur débiteur;

3° Les héritiers, appelés par la loi au lieu et place du débiteur renonçant, pourraient écarter les créanciers en leur payant le montant intégral de leurs créances;

4° Si les biens. formant la part de l'héritier dont la renonciation a été annulée, sont plus que suffisants pour payer les créanciers, l'excédent ne leur appartiendra pas. A qui reviendra-t-il donc? Ce ne peut être à l'héritier qui a renoncé, car la renonciation n'est pas annulée en sa faveur, mais bien à ceux que la loi appelait en son lieu et place.

* Nous inclinerions même à penser que les héritiers, qui étaient appelés à profiter de la renonciation du débiteur, pourraient exercer contre lui, en supposant qu'il revînt à meilleure fortune, une action récursoire jusqu'à concurrence de la valeur des biens qui ont servi à désintéresser ses créanciers. Ils pourraient lui dire : « Par rapport à nous votre renonciation était irrévocable, et nous avions le droit d'en recueillir le bénéfice. Elle a été annulée; mais, aux termes de l'art. 788, vous ne pouvez pas profiter de cette annulation. Or vous en profiteriez, si vous pouviez être libéré purement et simplement à l'égard de vos créanciers. Indemnisez-nous donc du préjudice que nous souffrons par votre fait ou, ce qui est équivalent, par celui de vos créanciers ».

184. Observation — Les créanciers, qui veulent accepter du chef de leur débiteur la succession que celui-ci a répudiée à leur préjudice, n'auraient pas besoin de passer par le préliminaire de l'annulation de la renonciation, si la succession n'avait pas encore été acceptée par d'autres; ils pourraient dans ce cas, agissant en vertu de l'art. 1166, exercer le droit, que l'art. 790 accorde à leur débiteur, d'accepter la succession d'abord répudiée.

V. *Disposition particulière à l'héritier qui a diverti ou recélé des effets de la succession.*

185. « *Les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession, sont déchus de la faculté d'y renoncer : ils demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés* » (art. 792). L'art. 801 ajoute : « *L'héritier qui s'est rendu coupable de recélé, ou qui a omis, sciemment et de mauvaise foi, de comprendre dans l'inventaire, des effets de la succession, est déchu du bénéfice d'inventaire* ».

Le *divertissement* est un détournement frauduleux, le *recel* ou *recélé* une dissimulation frauduleuse d'objets héréditaires. L'héritier qui accomplit ces actes veut réaliser un profit illicite, en s'appropriant pour la totalité des objets auxquels il n'a droit que pour partie ou même auxquels il n'a aucun droit. Le divertissement ou le recel constituent toujours au moins un délit civil, c'est-à-dire un fait illicite et dommageable accompli avec intention de nuire; ils peuvent même, suivant les circonstances, constituer un vol, si les conditions dans lesquelles ils ont été accomplis permettent de les faire rentrer dans la définition que le code pénal donne de ce délit.

186. La loi attache une double sanction au divertissement ou au recélé.

1° Elle inflige à l'héritier, qui s'est rendu coupable de l'un de ces faits, la qualité d'héritier pur et simple.

Il en est ainsi du moins : 1° si, à l'époque du divertissement ou du recélé, l'héritier n'a pas encore pris parti ; 2° s'il a déjà accepté sous bénéfice d'inventaire : il est alors déchu de ce bénéfice; 3° s'il a renoncé et que la succession n'ait pas été acceptée par d'autres : la loi lui donne alors de sa propre autorité la qualité d'héritier pur et simple, qu'il pourrait prendre lui-même en revenant sur sa renonciation (art. 790). La même solution ne devrait plus être admise, si, à l'époque du divertissement ou du recélé, l'héritier avait déjà renoncé à la succession et qu'un autre l'eût acceptée à sa place. On se trouve ici en face d'un droit acquis, que la loi doit respecter. Le renonçant ne peut donc plus être déclaré héritier pur et simple; il peut seulement être poursuivi, s'il y a lieu, comme ayant soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartenait pas : ce qui constitue le délit de vol (C. pén. art. 379).

Dans tous les cas donc, sauf celui d'une renonciation devenue irrévocable à l'époque du divertissement ou du recélé, l'héritier, qui s'est rendu coupable de l'un de ces faits, est déclaré héritier pur et simple. Ce n'est pas que la loi considère le divertissement ou le recélé comme entraînant acceptation tacite. « Les faits dont il s'agit, dit Demante, bien que commis dans l'intention de s'approprier la chose ainsi divertie ou recélée, ne constituent pas un acte d'héritier. Car loin de supposer nécessairement l'intention d'accepter, ils supposent bien plutôt l'intention toute contraire, c'est-à-dire celle de s'emparer sans droit des biens de la succession ». C'est donc à titre de peine du délit ou du quasi-délit qu'il a commis que le successible est ici déclaré héritier pur et simple.

Et de là il résulte que notre disposition s'appliquerait à une femme mariée, qui aurait diverti ou recélé des effets d'une succession sans l'autorisation ou le concours de son mari ; car si cette autorisation lui est nécessaire pour accepter une succession, elle ne lui est pas nécessaire pour s'obliger par son délit (Cass., 10 avril 1877, Sir., 77. 1. 248). Elle s'appliquerait aussi à un héritier mineur ; car, aux termes de l'art. 1310, le mineur « n'est point restituable contre les obligations résultant de son » délit ou de son quasi-délit ». La loi ne dit nulle part, comme le lui font dire ceux qui soutiennent l'opinion contraire, qu'un mineur ne peut pas être héritier pur et simple ; elle dit seulement, ce qui est tout à fait différent, qu'il ne peut pas *accepter* purement et simplement (art. 462); or il ne s'agit pas ici d'une acceptation, mais bien d'une peine infligée par la loi, et le mineur doit la subir comme le majeur, sauf à examiner s'il n'a pas agi par faiblesse ou inexpérience plutôt que par dol; car il ne faut pas oublier que c'est seulement la mauvaise foi que la loi entend punir (arg. art. 801).

2° L'héritier coupable de divertissement ou de recélé ne peut prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés; pour avoir voulu s'emparer de la part des autres, il perdra donc la sienne dans lesdits objets. Disposition sévère, mais juste, qui a paru nécessaire pour prévenir les divertissements et les recélés, si fréquents dans la pratique et si faciles pour l'héritier saisi, puisqu'il peut, de sa propre autorité et sans aucun contrôle, se mettre en possession des biens héréditaires.

Pour que cette deuxième sanction soit applicable, il faut que l'héritier coupable

du divertissement ou du recélé ait des cohéritiers. C'est de *sa part* en effet que la loi le prive : ce qui suppose qu'il n'est pas le seul intéressé dans les objets divertis ou recélés. Il faut en outre, bien évidemment, que l'héritier coupable ait droit à une part dans ces objets ; car il ne peut être question de priver de *sa part* celui qui n'a droit à rien. Cette seconde sanction, comme d'ailleurs la première, n'atteindrait donc pas l'héritier, dont la renonciation était devenue irrévocable, au moment du divertissement ou du recélé, par l'acceptation d'autres héritiers, sauf à le poursuivre et à le faire condamner comme voleur. Il est d'ailleurs sans difficulté que la sanction dont il s'agit est applicable même à l'héritier mineur (arg. art. 1310).

* **187.** En l'absence d'une définition légale, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour décider, dans chaque espèce qui leur est soumise, s'il y a divertissement ou recélé. Cass., 20 janvier 1885, Sir., 85. 1. 299. Ils pourront donc reconnaître ce caractère à des faits qui ne présenteraient pas les éléments constitutifs d'un vol. C'est ce que juge aujourd'hui, après variations, la cour de cassation, qui admet en principe que « les faits de divertissement ou de recel peuvent résulter de toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité des partages entre cohéritiers, et notamment du silence que l'un des héritiers aurait gardé de mauvaise foi sur l'existence d'un effet de la succession qui se trouverait entre ses mains ». Voyez aussi Paris, 3 janvier 1874, Sir., 74. 2. 118. Mais la fraude est un élément essentiel du divertissement ou du recélé. Cass., 13 mars 1882, Sir., 82. 1. 213.

Il est de jurisprudence constante que le recéleur peut éviter la peine du recel en rapportant les objets divertis avant toute poursuite.

VI. *De la prescription de la faculté d'accepter ou de renoncer.*

188. « *La faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit* » *par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des* » *droits immobiliers* ». Ainsi s'exprime l'art. 789.

Les mots : « par le laps de temps requis pour la prescription la » plus longue des droits immobiliers » veulent dire *par trente ans* (arg. art. 2262). C'est le seul point sur lequel on ait pu se mettre d'accord au sujet de ce mystérieux article, que plusieurs nous présentent comme une énigme proposée par le législateur aux jurisconsultes, et dont il est impossible de trouver le mot.

Essayons de le découvrir cependant.

Et d'abord précisons la difficulté. On suppose un héritier qui est resté pendant trente ans sans prendre parti relativement à la succession qui lui a été déférée. Il s'agit de savoir quelle est sa situation. Doit-il être considéré comme définitivement héritier? ou au contraire comme définitivement étranger à la succession? Voilà ce que notre article ne dit pas clairement et ce qu'il importe de rechercher.

L'intérêt de la question apparaîtra dans tout son jour par les deux espèces qui suivent.

Première espèce. Une succession est ouverte depuis plus de trente ans. Pendant toute la durée de ce long délai, l'héritier appelé en première ligne a négligé de prendre parti; il n'a ni accepté ni répudié. Les biens de la succession sont entre les mains d'une personne, l'héritier du degré subséquent ou toute autre, qui n'en a pas encore acquis la propriété par la prescription, parcequ'elle ne les possède pas depuis un temps suffisant. Dans ces conditions, l'héritier du premier degré intente contre le possesseur une action en restitution des biens héréditaires. Qui triomphera dans ce débat? Ce sera le demandeur, si la prescription de trente ans de l'art. 789 a eu

pour résultat de l'investir d'une manière irrévocable de la qualité d'héritier; car alors il a un titre pour réclamer les biens héréditaires, dont le défendeur n'a pas encore acquis la propriété par la prescription. Ce sera le défendeur, au contraire, si la prescription a eu pour résultat de rendre le demandeur complètement étranger à l'hérédité; car alors il est sans titre pour réclamer les biens dont elle se compose.

Deuxième espèce. Trente ans après l'ouverture d'une succession, un créancier de cette succession, dont la créance, on le suppose, n'est pas prescrite, parce que la prescription a été suspendue ou interrompue, se présente, et demande son paiement à l'héritier désigné par la loi, qui, pendant ce long laps de temps, n'a pas pris parti. Celui-ci devra-t-il être condamné à payer? Tout dépend du point de savoir quelle est la qualité qui lui appartient. Il devra être condamné, si la prescription de l'art. 789, que nous supposons acquise, lui a infligé définitivement la qualité d'héritier; tandis qu'il devra échapper à toute condamnation, si cette prescription a eu pour résultat de le rendre définitivement étranger à la succession.

On voit que la question qui nous préoccupe, celle de savoir quelle est après trente ans d'inaction la situation de l'héritier, peut se présenter indépendamment de toute question de pétition d'hérédité. Il ne faut donc pas confondre la prescription de l'art. 789 avec celle de l'action en pétition d'hérédité. Cette confusion, qui a été commise par quelques auteurs et que l'on rencontre aussi dans un grand nombre de décisions judiciaires, est peut-être la principale source des obscurités que l'on a accumulées dans cette difficile matière.

A présent que nous connaissons l'intérêt de la question, voyons comment elle doit être résolue. Quelle est donc la situation que la loi fait à l'héritier, après trente ans d'inaction?

Observons tout d'abord que l'effet ordinaire de la prescription est de consolider un état de choses préexistant, de transformer le fait en droit. Si nous appliquons cette notion élémentaire, nous arriverons à dire que l'héritier, qui est resté pendant trente ans sans prendre parti, doit conserver définitivement la situation qui lui appartenait au moment où la prescription s'est accomplie. Tout se réduit donc à savoir quelle était cette situation; or la question doit être résolue par une distinction.

a. S'agit-il d'un héritier légitime, saisi aux termes de l'art. 724? Il était héritier indépendamment de toute acceptation ; il conservera donc définitivement ce titre, la prescription une fois accomplie. Jusqu'alors il pouvait renoncer, car il était héritier sous la condition résolutoire de sa renonciation; désormais il ne le pourra plus, la condition résolutoire étant définitivement défaillie. Il ne pourra pas non plus accepter sous bénéfice d'inventaire ; car la qualité que la loi lui attribuait était celle d'héritier pur et simple, tenu *ultra vires* (art. 724), et la prescription confirme définitivement cet état de choses. En ce qui concerne l'héritier légitime, l'art. 789 signifie donc qu'après trente ans il a perdu la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou de renoncer, et qu'il reste par suite ce que la loi l'a fait, c'est-à-dire héritier pur et simple. On objecte qu'aux termes de l'art. 775 : « Nul n'est tenu » d'accepter une succession qui lui est échue », qu'on ne peut donc pas infliger à un successible la qualité d'héritier pur et simple contrairement à sa volonté. Nous répondons qu'après avoir formulé le principe établi dans l'art. 775, la loi avait bien le droit d'y déroger dans un cas particulier ; elle l'a fait dans une autre hypothèse (*supra* n. 186). D'ailleurs, à vrai dire, il n'y a pas de dérogation à la règle ; la loi admet en effet l'acceptation tacite, et on peut dire qu'elle interprète dans ce sens le silence gardé pendant trente ans par l'héritier saisi.

b. S'agit-il d'un successeur irrégulier, non saisi aux termes de l'art. 724 ? Son droit n'existait en quelque sorte qu'à l'état latent jusqu'à l'envoi en possession, nécessaire pour qu'il pût *exercer* son droit héréditaire, c'est-à-dire se mettre en possession des biens, intenter les actions héréditaires ou y défendre. Eh bien ! au

bout de trente ans il ne pourra plus demander l'envoi en possession, qui est sa manière à lui d'accepter la succession ; il sera donc définitivement étranger à l'hérédité, puisqu'il ne pourra plus remplir utilement la formalité nécessaire pour lui permettre d'exercer son droit. Il était héritier sous la condition suspensive de son acceptation ; cette condition est aujourd'hui définitivement défaillie, et le titre d'héritier perdu.

La situation sera la même pour l'héritier renonçant, qui aura laissé prescrire la faculté, que lui accorde l'art. 790, de revenir sur sa renonciation : il sera définitivement ce qu'il était provisoirement au moment où la prescription s'est accomplie, c'est-à-dire étranger à l'hérédité.

En résumé, nous interprétons l'art. 789 de la manière suivante : *La faculté d'accepter ou* CELLE *de répudier se prescrit par trente ans.* Celui auquel une acceptation était nécessaire pour être héritier ou exercer les droits attachés à ce titre, aura perdu au bout de trente années la faculté d'accepter, et sera par suite définitivement étranger à la succession ; telle est la situation des successeurs irréguliers, et des héritiers légitimes qui, ayant renoncé, pouvaient revenir sur leur renonciation. Celui, au contraire, qui avait besoin d'une renonciation ou d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire pour se soustraire en tout ou en partie aux conséquences de la qualité d'héritier pur et simple, conservera définitivement cette dernière qualité après la prescription ; il aura perdu la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de répudier : telle est la situation de l'héritier légitime.

* **189.** Beaucoup d'autres interprétations de l'art. 789 ont été proposées. Voici les principales.

A. Un grand nombre d'auteurs acceptent le point de départ du système qui vient d'être exposé, à savoir : que, pour donner de l'art. 789 une explication satisfaisante, il faut considérer la prescription qu'il édicte comme s'appliquant alternativement, et suivant les cas, tantôt à la faculté d'accepter, tantôt à celle de répudier. Mais, d'accord sur cette prémisse, ils se divisent à l'infini sur le point de savoir dans quels cas la prescription atteint la faculté d'accepter, dans quels cas celle de renoncer. D'après ceux-ci, ce serait la faculté de renoncer qui se prescrirait, lorsque l'héritier a été poursuivi par les créanciers de l'hérédité, et la faculté d'accepter lorsque la succession a été appréhendée par des successibles d'un degré plus éloigné. D'après ceux-là, l'héritier saisi serait, après trente ans, déchu de la faculté d'*accepter*, et par suite définitivement étranger à l'hérédité, lorsqu'elle a été appréhendée par des successibles du même degré ou d'un degré ultérieur ou par des légataires universels ou à titre universel; dans l'hypothèse contraire, il serait déchu de la faculté de *renoncer*, et par suite définitivement héritier. — Il y a d'autres variantes.

B. Dans un autre système, l'art. 789 ne viserait que les héritiers légitimes, et ce qu'il déclarerait prescriptible par trente ans, ce serait le droit d'option de l'héritier. Après trente ans il resterait ce que l'a fait l'art. 724, c'est-à-dire héritier pur et simple. — Cela revient à dire qu'au bout de trente ans la faculté de renoncer est prescrite, et on laisse sans explication la partie du texte relative à la prescription de la faculté d'accepter.

C. D'autres disent que la prescription de l'art. 789, s'applique au *droit héréditaire*. Après trente ans, l'héritier devrait donc être considéré comme définitivement étranger à la succession. — Mais alors l'art. 789 signifie que la faculté d'*accepter* se prescrit par trente ans, et on laisse sans explication les mots *ou de répudier*. La jurisprudence offre d'assez nombreuses décisions en ce sens. Voyez un arrêt tout récent de la cour de cassation du 28 février 1881, Sir., 81. 1. 343. La cour dit qu'après trente ans d'inaction le successible « est absolument dans la même position que l'héritier

renonçant ; et qu'il est, comme lui, considéré comme n'ayant jamais été héritier ». Cette doctrine est beaucoup plus nette que celle d'un assez grand nombre d'arrêts soit de la cour de cassation, soit de cours d'appel, qui, tout en reconnaissant que l'héritier légitime, appelé en première ligne, est définitivement héritier au bout de trente ans d'inaction, arrivent cependant à le faire succomber dans l'action qu'il intente contre un héritier du degré subséquent qui possède les biens héréditaires depuis moins de trente ans, et cherchent pour cela à construire au défendeur une possession trentenaire fictive basée sur la rétroactivité de son acceptation. En somme, la tendance de la jurisprudence, dans le conflit qui s'élève entre l'héritier saisi, qui n'a pas pris parti dans les trente ans de l'ouverture de la succession, et l'héritier, saisi ou non, qui possède les biens héréditaires, est de donner gain de cause à ce dernier dans tous les cas.

190. Il reste à dire quel est le point de départ de la prescription de l'art. 789. En principe, elle court à compter de l'ouverture de la succession. Toutefois, la prescription étant ici fondée sur cette idée que le successible, qui a gardé un silence prolongé, a renoncé à la faculté soit d'accepter, soit de répudier, il en résulte que, s'il venait à démontrer qu'il n'a pas eu connaissance de l'événement qui l'appelait à l'hérédité, la prescription n'aurait pas pu courir contre lui. Concevrait-on que l'exercice d'une faculté pût commencer à se prescrire avant que celui à qui elle appartient eût connaissance de son droit, et fût par suite à même de l'exercer? Et toutefois, sur ce point encore, il y a controverse, plusieurs n'admettant pas la restriction qui vient d'être indiquée.

SECTION III

DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, DE SES EFFETS, ET DES OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE.

191. Nous avons déjà dit que le choix entre les trois partis qui s'offrent au successible peut être délicat. La loi devait lui fournir les moyens de l'exercer en connaissance de cause et avec toute la maturité qu'exige une décision de cette importance. Tel est le but des art. 795 à 800, qui auraient été mieux placés dans une introduction au chapitre V que dans la section consacrée au bénéfice d'inventaire.

La première condition pour prendre sagement parti, est de connaître exactement les forces de la succession. Parmi les mesures qui peuvent concourir le plus efficacement à renseigner le successible sur ce point, figure l'inventaire.

Une fois fixé sur les forces de la succession, le successible aura quelquefois besoin de se livrer à de longues méditations pour peser les avantages et les inconvénients des divers partis qui s'offrent à lui.

Il faut donc au successible un certain temps pour faire inventaire, et un certain temps pour délibérer. Aux termes de l'art. 795 : « *L'héri-* » *tier a trois mois pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture* » *de la succession. — Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou* » *sur sa renonciation, un délai de quarante jours, qui commence à cou-* » *rir du jour de l'expiration des trois mois donnés pour l'inventaire, ou*

» *du jour de la clôture de l'inventaire s'il a été terminé avant les trois* » *mois* ».

Tels sont les délais *légaux* accordés au successible pour exercer paisiblement son droit d'option : trois mois pour faire inventaire, quarante jours pour délibérer. Rien ne l'empêche d'ailleurs d'employer à la confection de l'inventaire une partie du délai de quarante jours que la loi lui accorde pour délibérer.

Si le successible meurt dans les délais pour faire inventaire et délibérer, sans avoir pris parti, transmettant ainsi son droit d'option à son héritier, celui-ci aura, pour l'exercer, un nouveau délai de trois mois et quarante jours. En effet il ne saurait opter dans un sens quelconque relativement à la succession transmise, sans accepter tacitement la succession du transmettant (*supra* n. 166); et on ne peut pas, bien évidemment, le forcer à accomplir un acte qui entraîne une semblable conséquence, tant que dure le délai qui lui est accordé pour opter relativement à cette dernière succession.

Notre article indique suffisamment le point de départ des délais. Remarquons toutefois que, pour l'héritier appelé à la succession par suite de la renonciation de celui qui le précédait, les délais ne courent qu'à compter de cet événement; car le bon sens dit assez qu'ils ne peuvent pas courir avant que le successible soit appelé à les mettre à profit. Au cas où l'héritier du degré subséquent n'aurait pas eu immédiatement connaissance de la renonciation par suite de laquelle il est appelé à la succession, le délai n'en commencerait pas moins à courir, sauf la prorogation que le juge pourrait accorder, sur la demande du successible.

Ces préliminaires posés, il nous faut étudier successivement la situation du successible, suivant qu'il est encore dans les délais ou que les délais sont expirés.

A. *Situation du successible qui est encore dans les délais.*

192. « *Pendant la durée des délais pour faire inventaire et pour délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation : s'il renonce lorsque les délais sont expirés ou avant, les frais par lui faits légitimement jusqu'à cette époque sont à la charge de la succession* » (art. 797).

La loi veille à ce que le repos du successible ne soit pas troublé pendant la durée des délais qu'elle lui accorde pour exercer son droit d'option ; c'est surtout le calme qui lui est nécessaire. A tous ceux qui exerceront quelque action contre lui en sa qualité d'héritier, créanciers, légataires, cohéritiers demandant le partage de la succession, il pourra opposer l'*exception* DILATOIRE de l'art. 174 C. pr. Le nom même de cette exception indique son objet : *temporis* DILATIONEM *tribuit.* Elle permet à l'héritier de jouir en paix du délai qui lui est accordé, en obligeant les intéressés à suspendre leurs poursuites jusqu'à son expiration. L'utilité de l'exception dilatoire, disons mieux, sa nécessité, nous apparaît encore à un autre point de vue. Le juge ne peut statuer sur la demande qui lui est soumise, sans savoir quelle sera definitive-

ment la qualité du successible, la décision à rendre devant nécessairement varier, suivant qu'il sera héritier pur et simple, héritier sous bénéfice d'inventaire ou renonçant. Or, tant que les délais durent, l'héritier ne peut pas être forcé de prendre qualité, et il est impossible au juge de connaître le sens dans lequel il fixera sa détermination. A quoi l'on peut ajouter que les délais sont accordés à l'héritier, en grande partie au moins, pour lui permettre de prendre connaissance des affaires de la succession, et que, jusqu'à leur expiration, il est présumé ne pas bien connaître les titres, les moyens et tous les éléments de la défense. En voilà plus qu'il ne faut pour justifier l'exception dilatoire, cette arme défensive que la loi met aux mains de l'héritier pendant toute la durée des délais pour faire inventaire et délibérer.

On dira peut-être : « Pourquoi toutes ces complications ? Au lieu d'autoriser les créanciers et autres intéressés à agir contre le successible pendant la durée des délais, sauf le droit pour celui-ci de paralyser leur action par l'exception dilatoire, n'était-il pas beaucoup plus simple de retirer momentanément aux intéressés le droit d'agir » ? C'eût été plus simple peut-être, mais en même temps fort injuste, et en tout cas contraire aux principes. Il est souvent d'une importance capitale pour celui auquel appartient une action, de pouvoir l'exercer immédiatement. En suspendant son cours, on aurait pu lui causer un préjudice considérable, irréparable quelquefois. Voilà par exemple un créancier de la succession qui est menacé par la prescription ; il lui faut agir en justice sans retard pour l'interrompre. Si vous le forcez d'attendre après l'expiration des délais, il sera peut-être trop tard : l'heure de la prescription aura sonné ! De même une demande en justice peut être indispensable pour faire courir les intérêts d'une créance (arg. art. 1153). Retirer au créancier le droit d'agir tant que durent les délais pour faire inventaire et délibérer, c'eût été le priver pendant tout ce temps des intérêts de sa créance. Il fallait donc déclarer valables les actions héréditaires passives, intentées, même pendant les délais légaux, contre l'héritier saisi, le seul auquel les intéressés puissent s'attaquer, puisqu'il représente la succession, sauf à suspendre momentanément le cours régulier de l'action par le moyen de l'exception dilatoire, mais en maintenant d'ailleurs tous les effets de droit attachés à l'action intentée. C'est ce qu'a fait notre législateur.

193. Pour arriver à profiter de la faveur que la loi lui accorde, l'héritier, assigné pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, devra nécessairement exposer certains frais : il faudra d'abord qu'il constitue avoué, puis qu'il oppose l'exception dilatoire. Qui supportera ces frais ? Il va sans dire que ce sera le demandeur, s'il succombe dans sa prétention (arg. art. 130 C. pr.). Mais, s'il gagne son procès, lesdits frais pourront-ils être mis au compte de l'héritier qui les a faits ? L'art. 797 *in fine* répond : « *s'il renonce* [ajoutez : ou s'il accepte sous bénéfice » d'inventaire] *lorsque les délais sont expirés* [c'est-à-dire au moment de leur expi- » ration] *ou avant, les frais par lui faits légitimement jusqu'à cette époque sont à la » charge de la succession* ». Et s'il renonce, ou s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, après l'expiration des délais? Il y aura lieu encore de mettre à la charge de la succession les frais légitimement faits par l'héritier jusqu'à l'expiration des délais. Ceux qu'il a faits ensuite pourront être considérés, suivant les circonstances, comme frais frustratoires, et laissés à sa charge.

194. Délais judiciaires. — Les délais légaux pour faire inven-

taire et délibérer sont expirés; l'héritier est attaqué par un créancier ou tout autre intéressé. Peut-il encore opposer l'exception dilatoire? Non, en principe. Cependant, s'il n'a pas encore fixé son choix, il peut demander un nouveau délai au tribunal devant lequel il est traduit. L'art. 798 donne à celui-ci un pouvoir discrétionnaire et souverain pour l'accorder ou le refuser suivant les circonstances : « *Après l'expi-* » *ration des délais ci-dessus, l'héritier, en cas de poursuite dirigée contre* » *lui, peut demander un nouveau délai, que le tribunal saisi de la contes-* » *tation accorde ou refuse suivant les circonstances* ».

Le juge peut donc, c'est une simple faculté pour lui, accorder au successible un nouveau délai, alors même qu'il ne justifierait pas rigoureusement de l'insuffisance du délai légal. Le tribunal est autorisé à user ici d'une certaine indulgence, car la loi l'investit d'un pouvoir d'appréciation aussi large que possible (arg. des mots : « suivant les circonstances »). Notre disposition n'est pas contredite sur ce point, comme on l'a prétendu, par l'art. 174 C. pr. Tout ce qui résulte de ce texte, c'est que le juge *doit* accorder un nouveau délai au successible qui justifie de l'insuffisance du délai légal; mais il ne s'ensuit pas que le juge ne *puisse* pas accorder un délai à celui qui ne fait pas cette justification.

Le successible, qui, sur l'action intentée contre lui, obtient de la justice un délai supplémentaire, peut opposer l'exception dilatoire à son adversaire. C'est même précisément pour pouvoir arriver à ce résultat qu'il demande un nouveau délai, dont on n'apercevrait pas l'utilité sans cela. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le successible, à l'expiration de ce premier délai de faveur, en obtienne un second, et ainsi de suite.

A la charge de qui seront les frais faits par l'héritier pendant les délais judiciaires ? La loi distingue : « *Les frais de poursuite, dans le cas de l'article précédent,* » *sont à la charge de la succession, si l'héritier justifie, ou qu'il n'avait pas eu con-* » *naissance du décès, ou que les délais ont été insuffisants, soit à raison de la* » *situation des biens, soit à raison des contestations survenues : s'il n'en justifie pas* » *les frais restent à sa charge personnelle* » (art. 799).

195. Pendant toute la durée des délais pour faire inventaire et délibérer, l'héritier, qui veut conserver intact son droit d'option, doit bien se garder d'accomplir aucun acte de disposition. Il ne peut faire, sans se compromettre, que les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire. Et toutefois nous trouvons une exception à ce principe dans l'art. 796, ainsi conçu : « *Si cepen-* » *dant, il existe dans la succession des objets susceptibles de dépérir ou* » *dispendieux à conserver, l'héritier peut, en sa qualité d'habile à succé-* » *der, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation, se faire* » *autoriser par justice à procéder à la vente de ces effets. — Cette vente* » *doit être faite par officier public, après les affiches et publications* » *réglées par les lois sur la procédure* ».

Les ventes auxquelles s'applique cet article sont seulement celles qui constituent

des actes de disposition, comme les ventes de chevaux, d'équipages, etc. ; quant aux ventes qui, par leur nature même, rentrent dans la catégorie des actes d'administration provisoire, comme les ventes, faites au marché, de menus produits : œufs, lait, beurre, légumes, fruits, etc., l'héritier n'a besoin d'aucune autorisation pour y procéder.

B. *Situation de l'héritier après l'expiration des délais.*

196. L'expiration des délais légaux et judiciaires n'a pas d'autre résultat que de priver le successible du bénéfice de l'exception dilatoire. Si donc personne n'agit contre lui, il pourra, tant que la prescription n'aura pas définitivement réglé sa situation, exercer son droit d'option dans toute sa plénitude, et par conséquent même accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer. Mais, s'il est attaqué, il pourra être forcé de prendre qualité ; car désormais il ne peut plus légalement garder le silence à l'abri de l'exception dilatoire.

L'héritier poursuivi après l'expiration des délais sera donc obligé de s'expliquer, de dire quelle qualité il entend prendre. Supposons qu'il refuse de le faire, comment procèdera-t-on ? Le juge parlera pour lui : si la prétention de ceux qui l'attaquent lui paraît fondée, il le condamnera comme s'il avait accepté purement et simplement, consacrant ainsi dans son silence la solution la plus favorable à ses adversaires. C'est ce qui résulte de l'art. 800, ainsi conçu : « *L'héritier conserve* » *néanmoins, après l'expiration des délais accordés par l'article* 795, » *même de ceux donnés par le juge, conformément à l'article* 798, *la* » *faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire,* » *s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de* » *jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité* » *d'héritier pur et simple* ». Cpr. C. pr. art. 174.

La décision judiciaire, qui condamne le successible comme héritier pur et simple, ne lui imprime irrévocablement cette qualité à l'égard de son adversaire que lorsqu'elle a acquis l'autorité définitive de la chose jugée. Jusque-là le successible peut remettre tout en question en attaquant la décision judiciaire, et accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer tant que le débat n'est pas définitivement clos.

Supposons que la décision judiciaire, condamnant le successible comme héritier pur et simple, soit passée en force de chose jugée. Aura-t-il cette qualité *erga omnes,* ou seulement à l'égard de l'adversaire qui a obtenu la sentence, de sorte qu'à l'égard de tous autres il pourrait encore accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer? Il y a sur ce point une grave controverse. Si l'art. 800 n'existait pas, la question ne ferait guère de doute; on appliquerait le principe de l'art. 1351, qui, reproduisant l'ancienne maxime *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest,* donne aux décisions judiciaires une autorité toute relative. Le successible n'aurait donc la qualité d'héritier pur et simple qu'à l'égard du créancier qui a obtenu la condamnation; par rapport à tous autres, cette décision serait comme non avenue, et par suite le successible pourrait soit accepter sous bénéfice d'inventaire, soit renoncer. Il est vrai que la qualité d'héritier est indivisible; mais s'il résulte de cette indivisibilité qu'on ne peut pas être héritier pour partie, il n'en résulte nullement qu'on ne puisse pas être considéré comme ayant la qualité d'héri-

tier à l'égard de celui-ci et comme ne la possédant pas à l'égard de celui-là. L'état est bien tout au moins aussi indivisible que la qualité d'héritier, et nous avons vu cependant (t. I, n. 290) que, par suite du principe de l'autorité relative de la chose jugée, on peut avoir tel état par rapport à une personne et un état différent à l'égard d'une autre.

Telle est, nous le répétons, la solution à laquelle conduisent tout naturellement les principes relatifs à l'autorité de la chose jugée, et, somme toute, au point de vue pratique, c'est encore la meilleure. Trouve-t-elle sa condamnation dans l'art. 800 ? On l'a prétendu ; mais, à notre avis, on est loin de l'avoir démontré. La disposition finale de ce texte, qui sert de thème au débat, peut parfaitement s'expliquer dans le sens d'une application pure et simple des principes qui régissent la chose jugée. L'article précité, il est vrai, donne à entendre que le successible ne peut plus accepter sous bénéfice d'inventaire [ou renoncer], s'il *existe* un jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple. Mais, comme, en vertu du principe établi par l'art. 1351, ce jugement n'*existe* qu'à l'égard du créancier qui l'a obtenu, notre article peut très bien signifier que c'est seulement par rapport à ce créancier que l'héritier est déchu, en vertu de ce jugement, de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de renoncer; il la conserverait donc à l'égard de tous autres. C'est bien ainsi que l'entendait Pothier, dont le suffrage est ici d'un grand poids, parce que l'art. 800, ainsi que ceux qui précèdent, a été presque littéralement reproduit de ses œuvres.

* Ceux qui admettent que l'art. 800 a voulu déroger à l'art. 1351, sont loin d'être d'accord sur le point de savoir quelle est la portée de la dérogation. Suivant les uns, le jugement passé en force de chose jugée, qui condamne le successible comme héritier pur et simple, lui imprimerait dans tous les cas cette qualité à l'égard de tous, le successible qui a subi une semblable condamnation devant être assimilé à celui qui a fait acte d'héritier, d'après la règle *Judiciis quasi contrahimus,* ainsi que cela paraît d'ailleurs résulter du rapprochement que la loi établit entre ces deux hypothèses. D'autres distinguent. Ils déclarent héritier *erga omnes* le successible condamné comme tel par un jugement *passé en force de chose jugée,* tandis qu'ils considèrent celui qui a été condamné par un jugement *en dernier ressort* comme n'étant héritier qu'à l'égard du créancier qui a obtenu ce jugement. *Au point de vue rationnel,* on justifie cette distinction de la manière suivante : Le jugement *passé en force de chose jugée* doit son autorité irrévocable à la volonté du successible qui ne l'a pas attaqué dans les délais ; il y a donc ici de la part du successible une *adhésion,* qui équivaut à une acceptation tacite et lui imprime la qualité d'héritier *erga omnes.* Cette adhésion n'existe plus au cas d'un jugement *en dernier ressort,* rendu contre un héritier qui a lutté jusqu'au bout; aussi, dit-on, ce jugement ne doit produire son effet qu'à l'égard de celui qui l'a obtenu, conformément au droit commun. *Au point de vue des textes,* l'opinion que nous reproduisons se base surtout sur ces mots de l'art. 800 : « jugement *passé en force de chose jugée* ». Mais ils paraissent bien désigner ici, comme dans beaucoup d'autres dispositions (art. 1262, 1263, 2056 et 2061), toute décision judiciaire ayant acquis d'une manière quelconque l'autorité définitive de la chose jugée; ils n'ont guère le sens spécial qu'on veut leur donner, que dans les textes où la loi les emploie par opposition aux mots *jugements en dernier ressort,* comme il arrive dans l'art. 2215. — Il y a encore plusieurs autres variantes.

La jurisprudence applique la solution que nous avons adoptée, et c'est à elle aussi que la doctrine paraît tendre à se rallier. Cass., 30 avril 1884, Sir., 86. 1. 173.

§ I. *De l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.*

197. Historique. — Le bénéfice d'inventaire, introduit par Justinien dans la législation romaine (l. 22 C., *De jur. delib.*, VI, 30), fut admis sans restriction dans

nos anciens pays de droit écrit. Dans les pays de coutume, il ne pouvait en général être obtenu que comme faveur exceptionnelle, par lettres délivrées en grande chancellerie. De plus, l'acceptation bénéficiaire y était vue avec grande défaveur, témoin le droit que l'on reconnaissait au parent plus éloigné, du moins dans les successions collatérales, d'écarter, en acceptant purement et simplement la succession, le parent plus proche qui n'avait accepté lui-même que sous bénéfice d'inventaire, à moins cependant que celui-ci ne consentît à devenir héritier pur et simple. Ce qui avait été admis *favore defuncti, creditorum et legatariorum.*

198. Conditions à remplir pour accepter une succession sous bénéfice d'inventaire. — Elles sont indiquées par les art. 793 et 794, ainsi conçus : « *La déclaration d'un héritier, qu'il entend ne » prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit être faite au » greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel » la succession s'est ouverte : elle doit être inscrite sur le registre destiné » à recevoir les actes de renonciation* » (art. 793). « *Cette déclaration » n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire fidèle » et exact des biens de la succession, dans les formes réglées par les lois » sur la procédure, et dans les délais qui seront ci-après déterminés* » (art. 794).

Donc deux conditions à remplir : confection d'un inventaire; déclaration du successible qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire.

a. *Inventaire.* — L'héritier bénéficiaire est tenu des charges de la succession jusqu'à concurrence de la valeur des biens héréditaires, *intra vires hereditatis.* Il doit rendre compte aux créanciers et aux légataires de tout l'actif héréditaire. L'inventaire, en constatant d'une manière régulière l'importance de l'actif mobilier, formera le principal élément de la reddition de ce compte.

L'inventaire doit être *fidèle, exact* et *régulier*. L'art. 794 ajoute : et fait « dans les délais qui seront ci-après déterminés » ; mais cette condition est de trop, ainsi que cela résulte de l'art. 800.

Fidèle, c'est-à-dire fait de bonne foi. Il ne satisferait pas à cette condition, si l'héritier avait omis *sciemment* d'y comprendre un ou plusieurs objets de la succession ; ce fait entraînerait contre lui déchéance du bénéfice d'inventaire (art. 801).

Exact, c'est-à-dire comprenant tous les biens héréditaires. L'inventaire peut être fidèle sans être exact : ce qui arrive lorsque certains objets y ont été omis sans mauvaise foi de l'héritier qui l'a fait dresser, par exemple parce qu'il ignorait l'existence de ces objets.

L'inexactitude n'entraîne pas, comme l'infidélité, déchéance du bénéfice d'inventaire. Seulement l'obtention de ce bénéfice étant subordonnée à la condition d'un inventaire *exact,* l'héritier qui veut en jouir devra faire réparer l'inexactitude, et il obtiendra ce résultat au moyen d'un *récolement* (supplément d'inventaire).

Régulier, c'est-à-dire fait « dans les formes réglées par les lois sur la procédure » : ce qui nous renvoie aux art. 941 et s. C. pr. L'irrégularité n'est pas une cause de déchéance du bénéfice d'inventaire ; mais, si elle était assez grave pour que l'inventaire fût annulé, il y aurait lieu d'en faire dresser un nouveau.

S'il n'y a aucun objet mobilier dans la succession, ce qui sera rare, l'inventaire

devra être remplacé par un procès-verbal de *carence,* de *carere,* manquer. (C. pr. art. 924).

Parmi les conditions imposées à l'héritier pour acquérir le bénéfice d'inventaire, nous ne voyons pas figurer l'obligation de faire apposer les scellés (arg. art. 810). Cette formalité n'est prescrite que lorsqu'il y a des héritiers mineurs. Et toutefois le successible, qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire, fera bien de ne pas négliger de la remplir. Il affirmera ainsi son entière bonne foi, et éloignera tout soupçon de détournement.

b. *Déclaration du successible qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire.* — Cette déclaration, dont l'art. 793 indique suffisamment les formes, peut précéder ou suivre la confection de l'inventaire. Mais il est préférable, à tous les points de vue, de commencer par l'inventaire.

La déclaration dont nous parlons doit être faite, même quand il s'agit d'un héritier mineur ou interdit : ce qui ne signifie pas qu'en son absence le mineur ou l'interdit serait héritier pur et simple (une négligence du tuteur ne peut pas lui imprimer cette qualité que la loi ne permet pas de lui donner), mais bien que le tuteur, qui a omis la déclaration, pourrait être responsable à l'égard des tiers du préjudice que cette omission leur aurait causé en les laissant dans l'ignorance sur l'existence du bénéfice d'inventaire.

199. On enseigne généralement que la déclaration prescrite par l'art. 793 n'est pas nécessaire aux successeurs irréguliers pour qu'ils aient droit au bénéfice d'inventaire, dont le principal avantage est de n'être tenu des charges qu'*intra vires hereditatis.* Cette solution, admise déjà dans notre ancien droit, paraît consacrée dans notre droit actuel par l'art. 724, qui, rattachant à la saisine l'obligation de supporter les charges héréditaires *ultra vires,* donne à entendre très clairement que cette obligation n'incombe pas aux successeurs non saisis. Or telle est la situation du successeur irrégulier. Son obligation en ce qui concerne les charges de la succession ne peut résulter que de sa qualité de détenteur des biens héréditaires, et doit se restreindre par conséquent dans la limite de la valeur de ces biens, dont il lui suffira de rendre compte aux créanciers et aux autres intéressés pour être quitte à leur égard. Cela suppose qu'il est à même d'en établir la consistance par un titre régulier (inventaire). En l'absence de ce titre, qu'il est en faute de ne s'être pas procuré, il pourrait être poursuivi sur tous ses biens pour la totalité des charges. — Nous disons donc, pour conclure, qu'un inventaire suffit, indépendamment de la déclaration prescrite par l'art. 793, pour permettre à un successeur irrégulier d'échapper à l'obligation de supporter les charges héréditaires, en tout ou en partie, sur ses biens personnels.

§ II. *Des effets du bénéfice d'inventaire.*

200. « *L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier* » *l'avantage,* — 1° *De n'être tenu du paiement des dettes de la succession* » *que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis,* » *même de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant* » *tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires ;* — » 2° *De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession,* » *et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses* » *créances* ». Ainsi s'exprime l'art. 802.

Un de nos anciens jurisconsultes a dit : « *Heres sub beneficio inventarii est verus heres, quamvis sub certis modificationibus, et dominus rerum hereditariarum* ». Ce mauvais latin, qui dissimule assez mal un mauvais français, n'en exprime pas moins une idée très exacte. L'héritier bénéficiaire est un véritable héritier, à ce titre il est propriétaire des biens héréditaires. Mais il est héritier *sub certis modificationibus.* Quelles sont ces modifications ? Notre article en indique quelques-unes. Elles peuvent toutes être rattachées à un même principe, qui est contenu dans l'alinéa final de notre article : L'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession, à la différence de l'héritier pur et simple. Par suite d'une fiction, l'héritier bénéficiaire doit être considéré comme ayant deux patrimoines distincts : son patrimoine propre et celui du défunt. En d'autres termes, le bénéfice d'inventaire empêche la confusion des patrimoines, que produit l'acceptation pure et simple ; il isole le patrimoine du défunt de celui de l'héritier, bien qu'ils appartiennent tous les deux désormais à un même propriétaire ; il opère la *séparation des patrimoines.* A cela près, l'héritier bénéficiaire est un véritable héritier. — Tel est le principal, on peut dire l'unique effet du bénéfice d'inventaire ; tous les autres n'en sont que des applications plus ou moins directes. Nous allons les indiquer successivement.

201. 1° L'héritier bénéficiaire n'est tenu du paiement des dettes et charges de la succession que dans la mesure de son émolument, *intra vires hereditatis,* « jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a » recueillis », dit l'art. 802.

L'héritier bénéficiaire peut-il dans cette mesure être poursuivi par les créanciers héréditaires, même sur ses biens personnels ? Ainsi les biens de la succession valent 20,000 fr. ; il y a 30,000 fr. de dettes. Les créanciers de la succession ne peuvent demander que 20,000 fr. à l'héritier, c'est incontestable ; pour en obtenir le paiement ils peuvent saisir les biens de la succession, c'est incontestable encore; mais peuvent-ils, s'ils le préfèrent, s'attaquer aux biens personnels de l'héritier ? On leur reconnaissait généralement cette faculté dans nos anciens pays de droit écrit; dans les pays de coutume au contraire on la leur refusait. Sur ce point, comme sur bien d'autres, c'est la règle admise par les coutumes que notre législateur paraît avoir consacrée. Cela résulte de l'art. 803 al. 2, aux termes duquel : « *Il* [l'héritier bénéficiaire] *ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après » avoir été mis en demeure de présenter son compte, et faute d'avoir satisfait à cette » obligation* ». Les créanciers héréditaires ne peuvent donc s'attaquer qu'aux biens composant le patrimoine du défunt. Mais ces biens forment du moins leur gage exclusif, en ce sens que les créanciers de l'héritier ne peuvent pas venir les leur disputer. C'est une conséquence nécessaire de la séparation des patrimoines. Qui dit séparation des patrimoines, dit séparation des biens et des dettes; car le patrimoine comprend les uns et les autres. Les biens et les dettes du défunt sont donc séparés des biens et des dettes de l'héritier, c'est-à-dire que les biens du défunt demeurent le gage exclusif des créanciers héréditaires, de même qu'en sens inverse les biens de l'héritier demeurent le gage exclusif de ses créanciers personnels.

Ceux-ci ne peuvent donc demander leur paiement que sur ce qui reste des biens héréditaires, une fois toutes les charges de la succession payées : cet excédent tombe en effet dans le patrimoine libre de l'héritier bénéficiaire, et devient par suite le gage de ses créanciers, la fiction de la séparation des patrimoines ne survivant pas à la liquidation définitive de la succession.

202. 2° L'héritier bénéficiaire peut se libérer envers les créanciers et les légataires, en leur faisant l'abandon de tous les biens de la succession. Cet abandon procure à l'héritier l'avantage de se décharger de l'administration des biens héréditaires et de la responsabilité qu'elle entraîne : quel intérêt a-t-il à conserver cette administration, le jour où il acquiert la certitude que les biens ne suffiront pas à payer les dettes ?

Sauf quelques rares dissidences, on s'accorde en doctrine et en jurisprudence pour reconnaître que l'abandon fait par l'héritier bénéficiaire n'est pas une renonciation. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est irrévocable, de même que l'acceptation pure et simple, en ce sens tout au moins qu'elle ferme la voie à la renonciation. *Semel heres, semper heres.* Aussi Pothier disait-il déjà : « Cet abandon que fait l'héritier bénéficiaire est improprement appelé renonciation à succession ; *car il n'a d'autre effet que de le décharger envers les créanciers* ». Ajoutez : et envers les légataires. C'est ce que dit encore aujourd'hui l'art. 802.

De là résultent toute une série de conséquences, et particulièrement les suivantes :

a. L'héritier bénéficiaire conserve la *propriété* des biens abandonnés; il se dessaisit seulement de la *possession* de ces biens au profit des créanciers et des légataires, et se décharge sur eux du soin de les administrer et de liquider la succession. D'où il faut conclure : d'une part, que l'héritier bénéficiaire peut reprendre les biens abandonnés en payant toutes les charges de la succession; et d'autre part, que les créanciers et les légataires ne peuvent pas s'attribuer en nature les biens abandonnés, mais seulement les faire vendre dans les formes prescrites par la loi et se payer sur le prix; après quoi l'excédent, s'il y en a un, revient à l'héritier bénéficiaire.

b. L'abandon fait par l'héritier bénéficiaire ne donne pas lieu à l'accroissement au profit de ses cohéritiers, ni à la dévolution au degré subséquent (arg. art. 785).

c. Cet abandon ne le libère pas à l'égard de ses cohéritiers de l'obligation du rapport qu'a fait naître son acceptation (arg. art. 843 et 845).

d. Malgré l'abandon, l'héritier bénéficiaire peut demander la réduction des libéralités qui entament sa réserve.

e. L'abandon ne donne pas lieu à la nomination d'un curateur à succession vacante; car la succession n'est pas vacante, tant qu'il existe un héritier qui n'a pas renoncé (arg. art. 811).

Deux conditions sont requises pour que l'abandon produise les effets qui viennent d'être indiqués : 1° il doit être fait à tous les créanciers et à tous les légataires; celui qui serait fait à quelques-uns seulement pourrait, suivant les circonstances, entraîner acceptation pure et simple, comme constituant un acte de disposition des biens héréditaires (arg. art. 780); 2° il doit comprendre tous les biens de la *succession* sans exception.

* Mais l'abandon ne doit comprendre que les biens de la *succession,* c'est-à-dire ceux qui figuraient dans le patrimoine du défunt au moment de son décès, et non ceux qui en étaient sortis définitivement quant à lui et quant à ses créanciers par suite de donations entre vifs, et qui rentrent dans la masse par l'effet du rapport (arg. art. 857) ou de la réduction (arg. art. 921). Il n'y a pas plus lieu de comprendre ces biens dans l'abandon fait par l'héritier qu'il n'y aurait lieu de les faire entrer dans le calcul de son émolument pour le paiement des dettes *intra vires.*

D'ailleurs la loi ne détermine pas les formes de l'abandon, et par suite aucune n'est prescrite à peine de nullité; il suffit que l'héritier notifie par une voie quelconque sa volonté aux divers intéressés.

S'il y a plusieurs héritiers bénéficiaires, chacun peut user individuellement de la faculté d'abandon.

203. 3° L'héritier bénéficiaire conserve, dit l'art. 802 *in fine,* le droit de réclamer contre la succession le paiement de ses créances. La situation de l'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, est donc la même que celle de tout autre créancier. Le patrimoine de la succession demeurant distinct de celui de l'héritier, il n'y a pas ici, comme au cas d'acceptation pure et simple, d'impossibilité à ce que l'héritier obtienne le paiement de sa créance : l'extinction par confusion, qui n'est que le résultat de cette impossibilité ne se produit donc pas.

Ce que la loi dit des droits personnels, il faut le dire aussi des droits réels. Ainsi un immeuble héréditaire est grevé de servitude au profit d'un autre immeuble appartenant à l'héritier : la confusion n'éteindra pas cette servitude, comme il arriverait au cas d'acceptation pure et simple. Pothier avait donc raison de donner au principe une formule plus générale que celle de l'art. 802, en disant : « *Les droits et actions* que l'héritier avait contre le défunt ne se confondent pas »; et on pourrait généraliser encore cette proposition, en ajoutant qu'il en est de même, en sens inverse, des droits soit personnels, soit réels qui appartiennent à la *succession contre l'héritier.*

Contre qui l'héritier bénéficiaire exercera-t-il les actions qu'il peut avoir contre la succession ? L'art. 996 C. pr. répond qu'il les exercera contre ses cohéritiers. S'il n'y a qu'un seul héritier, ou s'il y en a plusieurs et que l'action soit intentée par tous, elle sera dirigée contre un curateur dont ils provoqueront la nomination et qu'on appelle *curateur au bénéfice d'inventaire.* On procèderait d'une manière analogue au cas où il s'agirait d'actions à intenter par la succession contre les héritiers ou l'un d'eux.

* **204.** 4° L'action, que l'héritier bénéficiaire intente *de son chef* contre un tiers, ne peut pas être paralysée par une exception née *du chef du défunt,* ni réciproquement. Ainsi l'héritier bénéficiaire, qui revendique son bien vendu par le défunt, ne peut pas être repoussé par l'exception de garantie. Son action en revendication réussira donc; mais il sera tenu comme héritier bénéficiaire, et par conséquent dans la mesure de son émolument, des diverses condamnations qui pourront être prononcées au profit de l'acquéreur évincé, par application de l'art. 1630.

§ III. *Droits et obligations de l'héritier bénéficiaire.*

205. La loi confie à l'héritier bénéficiaire le soin de liquider la succession, et, en attendant, d'administrer les biens dont elle se compose. Cette double mission lui revenait de droit : car il est plus intéressé que tout autre à la mener à bonne fin. L'héritier bénéficiaire en effet est propriétaire des biens héréditaires, sous l'obligation d'acquitter, jusqu'à concurrence de leur valeur, les charges de la succession, et se trouve ainsi appelé à profiter de l'excédent de l'actif sur le passif, excédent qui sera d'autant plus considérable que les opérations de la liquidation auront été conduites avec plus d'habileté. Même au point de vue des créanciers et des légataires, la loi ne pouvait pas faire un choix préférable; car la meilleure garantie d'une bonne gestion est encore l'intérêt personnel du gérant. Sans compter que la gestion de l'héritier bénéficiaire est gratuite.

Et toutefois, comme l'héritier bénéficiaire, qui doit son titre au hasard de sa vocation héréditaire, peut n'avoir pas les qualités requises pour bien gérer, comme d'autre part on peut craindre qu'il n'agisse de mauvaise foi, et qu'enfin son ministère est imposé par la loi, il convenait de donner des garanties aux créanciers et autres intéressés. Le législateur les leur a accordées avec usure en obligeant l'héritier bénéficiaire à fournir caution (art. 807), en prescrivant l'observation de certaines formalités pour la vente des biens (art. 805 et 806), et en prononçant la déchéance du bénéfice d'inventaire contre l'héritier bénéficiaire qui dépasse la limite de ses pouvoirs. Nous allons rencontrer bientôt ces diverses dispositions, en envisageant successivement l'héritier bénéficiaire comme administrateur et comme liquidateur de la succession.

A. *Administration.*

206. *L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la » succession, et doit rendre compte de son administration aux créanciers » et aux légataires* » (art. 803 al. 1).

= *Est chargé.* Donc ce n'est pas pour lui une simple faculté, mais une obligation, à laquelle il peut toutefois se soustraire en faisant aux créanciers et aux légataires l'abandon autorisé par l'art. 802.

Les biens de la succession sont la propriété de l'héritier bénéficiaire; c'est donc sa chose qu'il administre. Aussi la loi le traite-t-elle moins rigoureusement que l'administrateur du bien d'autrui. Aux termes de l'art. 804 : « *Il n'est tenu que des fautes* GRAVES *dans l'administration » dont il est chargé* ».

Un administrateur ordinaire est responsable de la faute que ne commet pas un *bonus paterfamilias,* de la *culpa levis in abstracto* (arg. art. 450, 1137, 1992). Notre article déroge à cette règle, en déclarant l'héritier bénéficiaire tenu de sa *faute grave*

seulement. Et toutefois il est très probable que le législateur entend désigner ici par cette expression, non pas la *culpa lata,* qui suppose une absence totale de prévoyance, *crassa et supina negligentia,* mais bien la *culpa levis in concreto,* c'est-à-dire la faute que ne commettrait pas l'héritier bénéficiaire dans la gestion de ses propres intérêts. On en acquiert à peu près la certitude, quand on rapproche l'art. 804 de ce passage de Pothier, auquel il a été manifestement emprunté : « On exige de l'héritier bénéficiaire de la bonne foi dans son administration, mais on n'exige pas de lui d'autre diligence que celle dont il est capable et qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires. *C'est pourquoi il n'est tenu envers les créanciers que de la faute grave,* LATA CULPA ».

B. *Liquidation.*

207. *Liquider* la succession, c'est réaliser les biens dont elle se compose, en vue de payer les charges qui la grèvent. A la différence de l'administration, la liquidation est *facultative* pour l'héritier bénéficiaire : l'art. 803 le *charge* d'administrer, mais aucun texte ne le charge de liquider. Si l'héritier bénéficiaire ne se met pas en devoir de liquider la succession, les créanciers et les légataires pourront saisir les biens et les faire vendre pour se payer sur le prix. En outre ils pourront agir contre l'héritier jusqu'à concurrence des sommes dont il est reliquataire.

Investi du pouvoir de liquider la succession, l'héritier bénéficiaire a nécessairement le droit de procéder au recouvrement des créances héréditaires, et aussi de vendre les biens et d'en *toucher le prix,* sauf une exception dont il sera parlé tout à l'heure.

Mais il y avait à craindre que l'héritier bénéficiaire ne compromît les droits des créanciers et des légataires par des ventes faites à vil prix; d'un autre côté, il fallait se préoccuper aussi de son insolvabilité possible. La loi a paré au premier danger en prescrivant certaines formes particulières pour la vente des biens, et au deuxième en obligeant l'héritier bénéficiaire à fournir caution.

208. Formalités prescrites pour la vente des biens. — Elles varient suivant qu'il s'agit des meubles ou des immeubles.

Avant d'entrer dans les détails, observons tout de suite que l'inaccomplissement des formalités légales n'aurait pas pour résultat de rendre nulles les aliénations consenties par l'héritier bénéficiaire, mais seulement d'entraîner contre lui la déchéance de son bénéfice d'inventaire (C. pr. art. 988 *in fine* et 989). La loi considère l'héritier qui aliène sans les formalités prescrites comme renonçant à son bénéfice d'inventaire. C'est un cas d'acceptation tacite. Et comme l'acceptation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession (art. 777), il en résulte que l'héritier déchu de son bénéfice d'inventaire doit être considéré comme ayant toujours été héritier pur et simple.

* Cette déchéance serait encourue par l'héritier, alors même que l'aliénation ne causerait en fait aucun préjudice aux créanciers, bien plus, alors même qu'elle ne

serait pas susceptible de leur en causer un ; car elle n'est, comme nous venons de le dire, que la conséquence d'une acceptation tacite que la loi fait résulter de l'aliénation sans l'accomplissement des formalités prescrites. Ainsi l'héritier d'une femme dotale, qui a vendu à l'amiable un immeuble de la succession, devrait être déclaré déchu de son bénéfice d'inventaire, alors même qu'il s'agirait d'un immeuble dotal, qui n'a pu être grevé d'aucun engagement pendant la vie de la défunte et qui par suite échappe au droit de gage de ses créanciers. Cass., 22 juillet 1884, Sir., 86. 1. 271. La question est controversée.

* La déchéance édictée par les art. 988 et 989 C. pr. serait aussi attachée à l'accomplissement par l'héritier bénéficiaire d'actes de disposition autres que les aliénations, comme la transaction par exemple. Et il ne pourrait pas se soustraire à cette déchéance en se faisant autoriser d'avance par la justice à accomplir ces actes; car les tribunaux ne peuvent efficacement donner d'autorisation que dans les cas exprimés par la loi. La jurisprudence est constante en ce sens; la doctrine est divisée.

Voyons maintenant quelles formalités sont prescrites soit pour la vente des meubles, soit pour celle des immeubles.

a. **Vente des meubles.** — « *Il* [l'héritier bénéficiaire] *ne peut vendre » les meubles de la succession que par le ministère d'un officier public, » aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées* » (art. 805 al. 1).

Malgré son apparente généralité, ce texte paraît ne devoir être appliqué qu'aux meubles dont le code de procédure règle la vente sur saisie, c'est-à-dire aux meubles corporels et aux rentes sur particuliers (arg. art. 989 C. pr.). Les formalités qu'il prescrit ne s'imposent donc pas à l'héritier bénéficiaire pour l'aliénation des autres meubles incorporels, notamment des valeurs de bourse. L'héritier peut les transférer sans publications préalables et d'après le mode accoutumé, c'est-à-dire par l'entremise d'un agent de change, sans compromettre son bénéfice d'inventaire. — Mais l'autorisation de justice ne lui sera-t-elle pas au moins nécessaire pour opérer ce transfert? Un avis du conseil d'Etat du 17 novembre 1807, approuvé le 11 janvier 1808, appliquant par analogie à l'héritier bénéficiaire la disposition de la loi du 24 mars 1806, relative aux aliénations de rentes sur l'Etat appartenant à des mineurs, impose à l'héritier bénéficiaire l'obligation d'obtenir l'autorisation de justice pour transférer les rentes sur l'Etat dépendant de la succession, lorsque dans leur ensemble elles dépassent le chiffre de 50 fr. de rente. Par un arrêt en date du 4 avril 1881 (Sir., 81. 1. 206), cassant dans l'intérêt de la loi un jugement du tribunal de la Seine du 4 juin 1880, la cour de cassation a jugé que l'avis du conseil d'Etat précité, n'ayant fait qu'interpréter la loi du 24 mars 1806 et la déclarer applicable à un cas particulier, se trouve implicitement abrogé, avec ladite loi, par l'art. 12 de la loi du 27 février 1880, et qu'en conséquence l'héritier bénéficiaire doit, sous peine d'être réputé héritier pur et simple, obtenir l'autorisation de la justice, même pour le transfert des rentes sur l'Etat inférieures à 50 fr. V. aussi Cass., 13 août 1883, Sir., 84. 1. 177 et la note de M. Lyon-Caen. — En admettant que l'avis du conseil d'Etat du 11 janvier 1808 soit abrogé, ce qui peut paraître contestable, il nous semble qu'il faudrait tirer de cette abrogation une conclusion toute contraire à celle qu'en tire la cour de cassation, savoir que l'héritier bénéficiaire n'a plus besoin d'aucune autorisation de justice pour transférer les rentes sur l'Etat, quelle que soit leur importance, de même que les autres valeurs de bourse. En effet, l'héritier bénéficiaire est propriétaire, et à ce titre il a le droit de disposer des biens de la succession. Il n'y a pas d'autres restrictions à ses pouvoirs que celles qui résultent d'un texte formel. Or il n'y a plus de texte restrictif, la loi de 1806 étant abrogée et avec elle l'avis du

conseil d'Etat de 1808. — Quoi qu'il en soit, en présence de cette jurisprudence de la cour suprême, la prudence commande aux héritiers bénéficiaires de n'aliéner aucune rente sur l'Etat, ni même aucune valeur de bourse dépendant de la succession, quelque minime que soit son importance, sans s'être fait préalablement autoriser de justice.

L'art. 805 ajoute dans son alinéa 2 : « *S'il les représente en nature,* » *il n'est tenu que de la dépréciation ou de la détérioration causée par* » *sa négligence* ».

b. **Vente des immeubles.** — « *Il* [l'héritier bénéficiaire] *ne peut vendre* » *les immeubles que dans les formes prescrites par les lois sur la pro-* » *cédure; il est tenu d'en déléguer le prix aux créanciers hypothécaires* » *qui se sont fait connaître* » (art. 806).

* La disposition finale de ce texte, au sujet de laquelle il s'est élevé quelques difficultés, signifie que l'héritier bénéficiaire, qui a vendu un immeuble dans les formes prescrites par la loi, doit faire tous ses efforts pour parvenir à une distribution *amiable* du prix entre les divers créanciers ayant privilège ou hypothèque sur cet immeuble. Pour parvenir à ce résultat, il devra offrir de leur *déléguer* le prix de l'immeuble, suivant le rang hypothécaire de chacun d'eux. S'ils tombent tous d'accord pour accepter cette délégation et qu'ils consentent à donner en échange mainlevée de leurs inscriptions, si d'un autre côté il n'y a pas d'opposition de la part des créanciers chirographaires, ils pourront, en vertu de la délégation qui leur a été consentie, se faire payer directement par l'adjudicataire de l'immeuble, sans que les deniers passent par les mains de l'héritier bénéficiaire; celui-ci n'aura droit de toucher que la partie du prix, qui, excédant le montant des créances inscrites sur l'immeuble, n'aurait pas été déléguée aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. Si l'héritier bénéficiaire ne peut parvenir au règlement amiable dont il vient d'être parlé, il devra faire procéder à la distribution du prix par voie d'ordre judiciaire, conformément à l'art. 991 C. pr.

* Les mots « qui se sont fait connaître », par lesquels se termine l'art. 806, doivent être supprimés. Ils avaient été écrits en vue d'un système hypothécaire qui n'a pas été admis par le code civil, et d'après lequel, les charges hypothécaires des immeubles étant occultes, les créanciers privilégiés ou hypothécaires étaient tenus de se faire connaître.

209. Caution. — L'héritier bénéficiaire ayant le droit de prendre possession de tout le mobilier de la succession, y compris le numéraire, de toucher les sommes provenant des créances recouvrées et le prix des biens vendus, à l'exception de la portion du prix des immeubles qui doit être déléguée aux créanciers hypothécaires, peut se trouver comptable de valeurs importantes envers les créanciers et autres intéressés. Aussi, pour les mettre en garde contre les dangers que pourrait leur faire courir l'insolvabilité de l'héritier, la loi leur permet-elle d'exiger de lui une caution. On lit à ce sujet dans l'art. 807 al. 1 : « *Il est tenu, si les créanciers ou autres personnes intéressées l'exi-* » *gent, de donner caution bonne et solvable de la valeur du mobilier* » *compris dans l'inventaire, et de la portion du prix des immeubles non* » *déléguée aux créanciers hypothécaires* ».

La caution dont il s'agit est une caution légale; elle devrait donc satisfaire aux conditions prescrites par les art. 2018 et 2019 (arg. art. 2040). Elle n'est pas due de plein droit; mais tout intéressé peut l'exiger. Elle ne répond que du compte du mobilier compris dans l'inventaire et des deniers touchés par l'héritier (prix de ventes ou remboursement de créances) mais non des dommages et intérêts dont l'héritier serait débiteur à raison de fautes graves commises dans sa gestion, ni de la restitution des fruits; car son obligation ne saurait être étendue au-delà des termes de la loi.

Qu'arrivera-t-il, si l'héritier bénéficiaire ne peut ou ne veut fournir la caution qu'on lui demande ? L'art. 807 al. 2 répond : « *Faute par lui de* » *fournir cette caution, les meubles sont vendus, et leur prix est déposé,* » *ainsi que la portion non déléguée du prix des immeubles, pour être em-* » *ployés à l'acquit des charges de la succession* ». C'est à la caisse des dépôts et consignations que doit être fait le dépôt.

210. Paiement des créanciers chirographaires et des légataires. — Pour déterminer les règles à suivre en ce qui concerne ce paiement, la loi distingue s'il existe ou non des créanciers (ou des légataires) *opposants*. On désigne sous ce nom ceux qui ont manifesté à l'héritier la volonté de s'opposer à ce qu'aucune distribution de deniers héréditaires fût faite sans qu'ils fussent appelés à y concourir.

Et comme, dans le silence de la loi, une manifestation tacite de volonté doit être tenue pour aussi efficace qu'une manifestation expresse; comme d'autre part la loi n'a pas réglé les formes de l'opposition, on admet en jurisprudence et en doctrine, sauf quelques dissentiments, qu'il y a lieu de considérer comme opposants *hoc sensu*, non seulement ceux qui ont formé entre les mains de l'héritier une opposition proprement dite (saisie-arrêt), mais aussi ceux qui, par un acte légal, ont fait connaître à l'héritier qu'ils sont ou se prétendent créanciers de la succession; car ils s'opposent ainsi implicitement à ce qu'on paye les autres avant eux. Ce qui toutefois n'est pas sans difficulté, vu que Pothier, auquel a été empruntée la disposition de l'art. 808, parle de *saisie-arrêt*.

Première hypothèse. Il y a des opposants. « *S'il y a des créanciers* » [ajoutez : *ou des légataires*] *opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut* » *payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge* » (art. 808 al. 1).

A moins, bien entendu, que tous les intéressés, dans le but d'éviter des frais, ne se mettent d'accord pour accepter un règlement amiable.

Si l'héritier bénéficiaire ne respectait pas une opposition régulièrement signifiée, il ne serait pas déchu pour cela du bénéfice d'inventaire, mais seulement tenu de réparer le préjudice causé par sa faute à l'opposant, c'est-à-dire de lui payer *de suo* une somme égale à celle qu'il aurait obtenue dans un ordre régulier, à supposer qu'au moment où l'opposant se présente tous les deniers soient distribués, ou qu'il n'en reste plus assez pour lui donner la part à laquelle il avait droit.

En outre, le créancier opposant pourrait exercer un recours contre les légataires payés à son préjudice, et même contre les créanciers qui ont obtenu plus qu'il n'aurait dû leur revenir dans un ordre régulier (arg. *a contrario* art. 809 al. 1).

Deuxième hypothèse. Il n'y a pas d'opposants. « *S'il n'y a pas de* » *créanciers* [ajoutez : *ou de légataires*] *opposants, il paie les créanciers*

» *et les légataires à mesure qu'ils se présentent* » (art. 808 al. 2). Ce n'est pas une faculté, mais une obligation pour l'héritier bénéficiaire ; la loi se sert de termes impératifs : *il paie*. Disposition regrettable; car il arrivera souvent de cette façon que la préférence entre les créanciers sera réglée par le hasard, qui aura permis à tel créancier de se présenter avant les autres parce qu'il se trouvait sur les lieux ou parce qu'il a été informé immédiatement de l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers. Sans parler des complaisances coupables de l'héritier bénéficiaire, que ce système pourra favoriser.

En principe, les paiements que fait l'héritier bénéficiaire en l'absence d'oppositions, ne peuvent donner lieu à aucun recours de la part des intéressés qui n'ont pas été payés, contre ceux qui ont reçu leur paiement. Cependant, les légataires ne devant être payés qu'après les créanciers, d'après la règle *Nemo liberalis nisi liberatus,* il en résulte qu'un créancier non payé pourrait recourir contre le légataire payé à son préjudice. Ce recours pourrait être exercé même par le créancier qui ne se présenterait qu'après l'apurement du compte et le paiement du reliquat (art. 809 al. 1), mais il se prescrirait par trois ans à dater de cette époque. C'est ce que dit l'art. 809 al. 2 : « [*Dans l'un et l'autre cas*] *le recours se prescrit par le laps de* » *trois ans, à compter du jour de l'apurement du compte et du paiement du reli-* » *quat* ».

* Dans sa rédaction primitive, l'art. 809 al. 1, prévoyait deux cas : celui où les créanciers non opposants se présentent avant l'apurement du compte et le paiement du reliquat, et celui où ils ne se présentent qu'après. Dans le premier cas, ils avaient le droit de recourir contre les créanciers et contre les légataires; dans le second, contre les légataires seulement. La deuxième hypothèse ayant seule été conservée dans la rédaction définitive, on doit en conclure que les créanciers, qui se présentent avant l'apurement du compte et le paiement du reliquat, ne peuvent pas exercer contre les *créanciers* le recours que leur accordait le projet ; d'autant plus que ceux-ci n'ont reçu en définitive que ce qui leur était dû, *suum receperunt,* et les principes ne permettent pas d'exercer contre eux la *condictio indebiti*. En vain on se prévaut, en faveur de la solution contraire, d'un argument *a contrario* tiré de l'art. 809 al. 1, que l'on formule de la manière suivante : En disant que « *Les créanciers* » *non opposants qui ne se présentent qu'*APRÈS *l'apurement du compte et le paiement* » *du reliquat, n'ont de recours à exercer que contre les légataires* », la loi donne très clairement à entendre que ceux qui se présentent *avant* peuvent exercer un recours contre les autres créanciers payés à leur préjudice. — Cet argument prouve bien que les créanciers, qui se présentent avant l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont pas exclusivement un recours contre les légataires, mais il ne prouve nullement que ce recours existe contre les créanciers, et il suffit, pour enlever toute valeur à l'argument, de trouver une autre personne contre laquelle ce recours puisse se produire; or cette personne est l'héritier, contre lequel les créanciers retardataires pourront agir jusqu'à concurrence du paiement du reliquat, qu'on suppose n'avoir pas encore été soldé. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la majorité des auteurs.

* Quoi qu'il en soit, la suppression de l'une des deux hypothèses primitivement prévues par l'art. 809 a rendu inintelligibles les mots « Dans l'un et l'autre cas », qu'emploie la partie finale de l'article. Ils auraient dû être supprimés.

211. Si l'héritier bénéficiaire est créancier de la succession, rien ne s'oppose à ce qu'il se paye lui-même, et avant tous les autres : ce que régulièrement il ne man-

quera pas de faire. Il faut bien lui reconnaître ce droit, sous peine de le forcer à être payé le dernier. Mais il n'est autorisé à porter en compte le montant de sa créance qu'autant qu'il a réellement retiré de la masse ce qui lui est dû. Cela nous conduit à parler du compte de l'héritier bénéficiaire.

212. Compte de l'héritier bénéficiaire. — Comme tout administrateur, l'héritier bénéficiaire doit rendre compte de sa gestion à ceux qu'elle intéresse, c'est-à-dire aux créanciers et aux légataires; chacun d'entre eux a le droit de l'exiger. Ce compte peut être rendu à l'amiable, si les parties sont d'accord; il doit être rendu en justice dans le cas contraire : on procèdera alors conformément aux art. 527 et s. du code de procédure civile.

Le compte de l'héritier bénéficiaire, comme tout autre, contient deux chapitres: celui des recettes et celui des dépenses. — Le chapitre des *recettes* doit comprendre tout l'actif de la succession, notamment le mobilier porté à l'inventaire, les fruits perçus depuis l'ouverture de la succession, les sommes que l'héritier bénéficiaire a touchées *jure hereditario,* notamment les prix de ventes des biens héréditaires, les sommes provenant du remboursement des créances héréditaires...., en un mot tout ce qui devrait être compris dans l'abandon autorisé par l'art. 802. — Le chapitre des *dépenses* comprendra out ce que l'héritier a payé à l'acquit de la succession, notamment les frais funéraires, les sommes payées aux créanciers du défunt et aux légataires, les frais d'administration, etc. — Si le chiffre total des recettes égale celui des dépenses, il y a balance. L'héritier, dont le compte est en balance, prouvant ainsi qu'il a employé tous les biens héréditaires au paiement des charges de la succession, ne peut pas être contraint sur ses biens personnels par les créanciers ou les légataires non payés, sauf ce qui a été dit au n. 210. S'il y a un excédent des recettes sur les dépenses, cet excédent constitue un *reliquat* (de *reliquum*), dont l'héritier demeure comptable envers les créanciers et les légataires. « *Après l'apurement du compte* », dit l'art. 803 *in fine,* « *il ne peut être contraint sur ses biens* » *personnels que jusqu'à concurrence seulement des sommes dont il se trouve reli-* » *quataire* ».

Il peut arriver que l'héritier bénéficiaire refuse de rendre son compte aux créanciers ou aux légataires qui le réclament. Ceux-ci pourront alors, après l'avoir régulièrement mis en demeure, et faute par lui d'obtempérer à cette injonction, le poursuivre sur ses biens personnels pour le montant intégral de leurs créances ou de leurs legs. C'est ce que dit en substance l'art. 803 al. 2, ainsi conçu : « *Il* [l'héritier] » *ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après avoir été mis en demeure* » *de présenter son compte, et faute d'avoir satisfait à cette obligation* ». L'héritier bénéficiaire n'est légalement en demeure que lorsqu'ayant été condamné à rendre son compte, il a laissé passer, sans satisfaire à cette obligation, le délai que le tribunal lui avait imparti dans ce but sur la demande d'un créancier ou d'un légataire (arg. art. 995 et 530 C. pr.). Alors il peut être contraint sur ses biens personnels pour la totalité de ce qui est dû au réclamant.

Enfin aux termes de l'art. 810 : « *Les frais de scellés, s'il en a été apposé, d'inven-* » *taire et de compte, sont à la charge de la succession* ». Il en est de même de tous les frais de gestion faits par l'héritier. Parmi eux figurent, d'après une jurisprudence constante, les droits de mutation. Tous les frais sont prélevés sur l'actif de la succession, donc payés par privilège.

SECTION IV

DES SUCCESSIONS VACANTES

213. Définition de la vacance. — Aux termes de l'art. 811 : « *Lorsqu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante* ». — Trois conditions sont donc requises pour qu'une succession soit réputée vacante :

1° *Que les délais pour faire inventaire et délibérer soient expirés.* Jusque-là, on peut raisonnablement espérer qu'un héritier se présentera.

2° *Que personne ne se présente pour réclamer la succession.* Donc, si quelqu'un se présente, même un donataire ou un légataire universel, ou un successeur irrégulier, fût-ce l'Etat, la succession n'est pas vacante. C'est bien ainsi que l'entendait l'orateur du gouvernement au corps législatif : « Il peut arriver, disait-il, qu'il ne se présente pour recueillir la succession ni parents, ni enfants naturels, *ni même la République ;* la succession est alors vacante ».

Cela posé, il semble qu'une succession ne puisse jamais être vacante; car, aux termes d'une circulaire du 8 juillet 1806, les agents de la régie des domaines doivent accepter toutes les successions présumées sans maître, lors même qu'elles seraient notoirement mauvaises. Il faut répondre : 1° que les agents du fisc peuvent ignorer l'ouverture de la succession; 2° que la demande d'envoi en possession par eux formée au nom de l'Etat peut avoir été rejetée par le tribunal.

3° *Qu'il n'y ait pas d'*HÉRITIER *connu ou que les* HÉRITIERS *connus aient renoncé.* Par le mot *héritier,* la loi désigne ici seulement les héritiers légitimes. Si elle entendait désigner même les successeurs irréguliers, aucune succession ne pourrait être vacante, car il y a toujours un successeur irrégulier connu, c'est l'Etat.

D'ailleurs cette différence entre l'héritier légitime, dont la seule présence suffit pour empêcher la vacance de la succession tant qu'il n'a pas renoncé, et le successeur irrégulier, dont la présence n'empêche la vacance que lorsqu'il a obtenu ou tout au moins demandé l'envoi en possession, reçoit une explication rationnelle. La vacance d'une succession implique l'idée qu'elle n'est occupée par personne et que personne ne demande à l'occuper; or, quand il y a un héritier légitime connu, qui n'a pas renoncé, la succession est occupée; car cet héritier, étant saisi, aux termes de l'art. 724, est de droit propriétaire et possesseur de l'hérédité. Au contraire la succession n'est pas occupée, et on n'entrevoit même pas son occupation prochaine, quand il y a un successeur irrégulier connu qui ne demande pas l'envoi en possession; il ne représente pas en effet l'hérédité : n'ayant pas la saisine, il ne possède pas les biens héréditaires, et ne peut même pas de sa propre autorité les appréhender ni exercer les actions héréditaires activement ou passivement.

Pour que la succession soit réputée vacante, il faut que tous les héritiers légitimes connus, jusqu'au douzième degré, aient successivement renoncé. Par sa renonciation, l'héritier du premier degré est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), et par suite l'héritier du degré subséquent est censé avoir toujours été saisi (art. 724, *supra*

n. 35); ainsi de suite jusqu'au douzième degré. Donc, tant qu'il existe un parent légitime connu, qui n'a pas renoncé, la succession est occupée, puisqu'il y a un héritier qui la représente, et par suite elle n'est pas vacante. Cette solution, qui est conforme aux principes, est conforme aussi au texte de l'art. 811, qui exige, pour que la succession soit vacante, « qu'il n'y ait pas d'*héritier connu* ou que les *héritiers* » *connus* aient renoncé ». Dès lors les inconvénients pratiques qu'elle peut offrir, en obligeant les créanciers à poursuivre successivement tous les héritiers légitimes jusqu'au douzième degré, ne suffisent pas pour la faire rejeter, ainsi que le font un grand nombre d'auteurs, qui enseignent que la succession est vacante, et que par suite les intéressés peuvent la faire pourvoir d'un curateur, par cela seul que les héritiers du premier degré ont renoncé et qu'aucun autre ne réclame la succession.

214. Définition de la déshérence. — Une succession est en déshérence, lorsqu'elle est réclamée par l'Etat, à défaut de tout autre héritier. *Déshérence* vient de *deest heres*.

Ainsi la succession *vacante* est celle qui est sans représentant connu ou espéré. — *Sans représentant connu :* ce qui suppose qu'il n'y a aucun parent légitime connu, ou que tous ceux qui sont connus ont successivement renoncé. — *Sans représentant espéré :* ce qui suppose qu'aucun successeur irrégulier ne la réclame, pas même l'Etat. Si l'Etat se présente, la succession est en *déshérence*.

Au surplus, on ferait mieux de dire que, dans le premier cas, la succession est RÉPUTÉE *vacante*, comme le fait l'art. 811, et que dans le deuxième elle est RÉPUTÉE *en déshérence*. En effet, pour qu'une succession soit définitivement vacante ou définitivement en déshérence, il faut supposer que personne ne puisse plus venir utilement la réclamer; or cette certitude sera difficilement acquise, même après la prescription de l'art. 789; car par suite de suspensions successives, le droit de réclamer une succession peut durer beaucoup plus de trente ans.

215. Nomination d'un curateur à la succession vacante. — « *Le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel elle* » *est ouverte, nomme un curateur sur la demande des personnes intéres-* » *sées, ou sur la réquisition du procureur du Roi* » (art. 812). Cpr. art. 998 et 999. C. pr.

= *Sur la demande des personnes intéressées.* C'est-à-dire de tous ceux qui, ayant des droits à exercer contre la succession, ont besoin d'avoir un contradicteur.

216. Fonctions du curateur à succession vacante. — « *Le* » *curateur à une succession vacante est tenu, avant tout, d'en faire cons-* » *tater l'état par un inventaire : il en exerce et poursuit les droits; il* » *répond aux demandes formées contre elle; il administre, sous la charge* » *de faire verser le numéraire qui se trouve dans la succession, ainsi* » *que les deniers provenant du prix des meubles ou immeubles vendus,* » *dans la caisse du receveur de la régie royale, pour la conservation des* » *droits, et à la charge de rendre compte à qui il appartiendra* » (art. 813).

« *Les dispositions de la section III du présent chapitre, sur les formes* » *de l'inventaire, sur le mode d'administration et sur les comptes à* » *rendre de la part de l'héritier bénéficiaire, sont, au surplus, communes* » *aux curateurs à successions vacantes* » (art. 814). Cpr. art. 1000 à 1002 C. pr.

Le curateur est le représentant légal de la succession vacante ; il est chargé à ce titre de l'administrer et de la liquider. Son rôle est donc semblable à celui de l'héritier bénéficiaire, et on s'explique ainsi tout naturellement que ses pouvoirs soient à peu près les mêmes. Il existe cependant entre le curateur à succession vacante et l'héritier bénéficiaire des différences importantes, dont plusieurs nous sont révélées par les deux articles qui viennent d'être transcrits.

En voici l'énumération :

1° L'héritier bénéficiaire a le maniement des deniers de la succession ; il les touche, et il paie les créanciers. Au contraire, le curateur à succession vacante doit faire verser « lenuméraire qui se trouve dans la succession, ainsi que les deniers » provenant du prix des meubles ou immeubles vendus » (art. 813), ajoutez : et les sommes provenant du remboursement des créances de la succession, tous les deniers héréditaires en un mot, à la caisse des dépôts et consignations, qui a remplacé la caisse du *receveur de la régie royale*. C'est le préposé à cette caisse qui paiera les créanciers, sur un ordonnancement fait par le tribunal ;

2° Cette première différence en entraîne une autre : le curateur à succession vacante n'est pas astreint à fournir la caution qui peut être exigée de l'héritier bénéficiaire aux termes de l'art. 807 ;

3° L'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé (art. 804). On appliquerait au contraire le droit commun sur ce point au curateur à succession vacante ; il répondra donc de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, de la *culpa levis in abstracto* (arg. art. 450, 1137 et 1992).

4° La vente du mobilier de la succession est facultative pour l'héritier bénéficiaire (art. 805); elle est obligatoire au contraire pour le curateur à succession vacante (C. pr. art. 1000);

5° Les actes de disposition, accomplis par l'héritier bénéficiaire en dehors des pouvoirs que la loi lui assigne et des formes qu'elle prescrit, n'en sont pas moins valables ; ils peuvent seulement entraîner la déchéance de son bénéfice d'inventaire. Au contraire, de semblables actes accomplis par le curateur sont nuls et de nul effet (arg. art. 1001 C. pr.) ;

6° Le curateur à une succession vacante ne peut pas faire aux créanciers et aux légataires l'abandon que l'art. 802 autorise au profit de l'héritier bénéficiaire ; il ne peut que se démettre de ses fonctions ;

7° L'administration de l'héritier bénéficiaire est gratuite ; le curateur à une succession vacante a droit à un salaire ;

8° La liquidation une fois terminée, le curateur n'a pas droit, comme l'héritier bénéficiaire, à l'excédent de l'actif sur le passif.

CHAPITRE VI

DU PARTAGE ET DES RAPPORTS

217. Notre chapitre, qui est le dernier du titre *Des successions,* est divisé en cinq sections. Sa rubrique n'indique qu'incomplètement son contenu.

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACTION EN PARTAGE ET DE SA FORME

§ I. *Généralités.*

218. Définition de l'indivision et du partage. — L'indivision est l'état de plusieurs copropriétaires, ici de plusieurs *cohéritiers,* dont les droits ne sont pas encore liquidés. Le partage est l'acte qui met fin à l'indivision : c'est donc un acte de *liquidation.* A quelque époque qu'il soit fait, il produit un effet rétroactif au jour où l'indivision a pris naissance, c'est-à-dire ici au jour de l'ouverture de la succession, de sorte que chaque cohéritier est censé avoir seul succédé au défunt pour tout ce que le partage met dans son lot. Développons ces divers points.

Pendant toute la durée de l'indivision, il y a *communauté* entre les héritiers : ce qui signifie que les biens de la succession leur appartiennent en commun, qu'ils en sont copropriétaires. Le tout appartient à tous, et aussi chaque partie de ce tout. Or une longue expérience a révélé les inconvénients de cet état de choses. La communauté tout d'abord est une source de querelles. *Discordias solet parere communio,* dit un vieil adage. Ces discordes sont d'autant plus fâcheuses qu'elles éclateront ici entre les membres d'une même famille. D'autre part, la communauté anéantit l'initiative privée de chacun des communistes, et rend par suite toute amélioration presque impossible. En effet, pour améliorer, il faut innover ; or, quand l'un voudra réaliser quelque innovation, il viendra se heurter contre l'opposition de l'autre, qui sera toute puissante en vertu de la règle *In pari causa potior est causa prohibentis.* Le vieux Loysel avait bien raison de dire : *Qui a compagnon a maître.* Enfin la communauté entrave la libre circulation des biens; car l'un des communistes ne peut pas aliéner sans le consentement des autres, et l'aliénation devient difficile quand elle ne peut avoir lieu que moyennant le concours de plusieurs volontés. On peut vendre, il est vrai, sa part indivise, mais la vente est difficile. A ces divers points de vue, et surtout au dernier, la communauté a pu paraître contraire à l'ordre public, c'est-à-dire à l'intérêt général. Aussi notre législateur la voit-il avec défaveur, et permet-il à chacun des cohéritiers d'exiger la cessation de l'indivision qui en est la cause, en demandant

le partage de la succession. Il donne à cet effet à chacun des cohéritiers contre les autres l'*action en partage*. « *Nul ne peut être contraint* » *à demeurer dans l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué* » *nonobstant prohibitions et conventions contraires* », dit l'art. 815 al. 1. Ainsi donc, l'action en partage peut être intentée par chacun des cohéritiers contre les autres. Elle appartient aussi aux successeurs universels des cohéritiers, ou à ceux auxquels ils ont cédé leurs droits successifs, sauf l'exercice du retrait successoral dont il sera parlé plus loin.

Bien qu'écrit principalement en vue des cohéritiers, le principe, établi par l'art. 815 al. 1, est formulé dans des termes assez généraux pour qu'on doive le déclarer applicable à tous ceux qui sont dans l'indivision par suite d'une cause étrangère à leur volonté, notamment aux colégataires d'une même chose. Mais ce serait certainement dépasser les intentions du législateur que d'étendre ce principe au cas où l'indivision est le résultat de la volonté, même présumée, des parties. Il ne s'appliquerait donc pas à la communauté entre époux, qui est une véritable société (Cass., 30 novembre 1886, Sir., 87. 1. 401), ni à la société ordinaire. L'indivision est ici nécessaire pour la réalisation du but que se sont proposé les parties ; elle doit donc subsister tant que ce but n'a pas été atteint. D'ailleurs elles supporteront facilement une indivision que leur volonté a créée. La question ne se pose que pour les sociétés qui ne constituent pas des personnes morales ; car dans celles qui ont ce caractère il n'y a pas indivision entre les associés, puisque, par une fiction de droit, c'est la *société,* considérée comme personne juridique distincte de la personne des associés, qui est propriétaire des biensd épendant de la société.

Ainsi donc le principe, formulé par l'art. 815 al. 1, ne s'applique pas, en règle générale tout au moins, aux *associés* qui sont volontairement en état d'indivision. Il s'applique au contraire à tous les *communistes,* qui sont dans l'indivision par suite d'une circonstance étrangère à leur volonté. Mentionnons cependant une exception relative à la mitoyenneté : l'un des copropriétaires d'une chose mitoyenne n'en peut pas demander le partage ; et cependant l'indivision, qui existe entre les copropriétaires d'une chose mitoyenne, n'est pas toujours le résultat de leur volonté (v. art. 661 et 663).

219. L'état de communauté ayant paru à certains égards contraire à l'ordre public, le législateur n'a pas voulu que l'indivision d'où il résulte pût être perpétuée par la volonté des parties ou d'un tiers. Serait donc nulle et de nul effet la disposition, par laquelle un testateur, en léguant ses biens à plusieurs personnes, leur aurait imposé la défense de procéder au partage : c'est à cette hypothèse que l'art. 815 fait allusion par les mots *nonobstant prohibitions*. Serait nulle aussi la convention, aux termes de laquelle les communistes se seraient réciproquement interdit le droit de demander le partage : telle est la portée des mots *nonobstant conventions contraires*.

Il peut cependant être de l'intérêt bien entendu des communistes d'ajourner momentanément le partage. Ainsi, parmi les cohéritiers il y en a un qui est mineur, mais sur le point d'arriver à sa majorité. Si l'on veut partager immédiatement, il faut de toute nécessité procéder

à un partage judiciaire (art. 840) ; tandis qu'en attendant pendant quelques années, quelques mois peut-être, il sera possible, le mineur étant devenu majeur, de procéder à un partage amiable, qui entraînera moins de frais et où les convenances réciproques des cohéritiers pourront être mieux observées. Ou bien encore le partage n'est possible qu'à la condition de vendre certains biens héréditaires non susceptibles d'être partagés en nature ; et, par suite d'événements transitoires, tels qu'une guerre, une crise industrielle, commerciale ou agricole, ils subissent pour le moment une grande dépréciation, de sorte qu'il y aurait avantage à retarder la vente et par suite le partage qui y donnera nécessairement lieu. Dans ces circonstances, et dans d'autres encore dont elle leur laisse l'appréciation, la loi permet aux parties de convenir qu'il sera sursis au partage pendant un certain temps. « *On peut cependant* », dit l'art. 815 al. 2, « *convenir de sus-* » *pendre le partage pendant un temps limité : cette convention ne peut* » *être obligatoire au-delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée* ».

= *Cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans.* C'est dire qu'elle sera obligatoire dans cette limite, si elle a été faite pour un délai plus long, pour huit ans par exemple, et même pour une période indéterminée (Lyon, 25 août 1875, Sir., 76. 2. 68). Et cette solution, qui d'ailleurs est conforme à l'intention probable des parties, peut être fortifiée par un argument d'analogie tiré de l'art. 1660. Il y a toutefois quelques dissidences sur ce point.

= *Mais elle peut être renouvelée.* Il n'est pas nécessaire que les intéressés attendent, pour faire ce renouvellement, l'expiration du délai fixé par leur première convention. Mais ils chercheraient en vain dans un renouvellement anticipé le moyen de s'obliger à rester dans l'indivision pendant plus de cinq ans à dater du moment où ils traitent ; car la volonté bien évidente du législateur est qu'ils ne puissent dépasser cette limite, et ils ne sauraient y arriver par une voie détournée. Ainsi des cohéritiers ont fait une première convention, aux termes de laquelle ils se sont engagés à demeurer dans l'indivision pendant cinq ans ; un an après, et alors par conséquent qu'il reste encore quatre ans à courir du délai fixé par la première convention, ils en font une nouvelle d'après laquelle ils s'engagent à rester dans l'indivision pendant cinq ans encore. Faudra-t-il dire que les cohéritiers sont liés pour neuf ans, la seconde convention étant valable, puisqu'elle n'est faite que pour cinq ans, et son exécution ne devant commencer qu'après l'expiration du délai fixé par la première ? Non ; car les cohéritiers arriveraient ainsi à se lier pour plus de cinq ans : ce que la loi ne leur permet pas. Résulte-t-il de là que la deuxième convention soit sans effet ? Nullement ; elle est seulement réductible aux limites légales, ainsi qu'on l'a dit tout à l'heure ; elle ne produira donc son effet que pour un an à partir de l'expiration du délai fixé par la première convention. Ou, ce qui est équivalent, le délai fixé par la seconde convention commencera à courir immédiatement.

220. Un testateur pourrait-il imposer à ceux auxquels il transmet ses biens l'obligation de rester dans l'indivision pendant cinq ans ? La doctrine est divisée en deux camps à peu près égaux sur cette question. N'est-elle pas résolue cependant par le texte de notre article ? Il établit cette double règle : 1° que l'état d'indivision ne peut pas être imposé par une prohibition du défunt à ses successeurs universels ; 2° que ceux-ci ne peuvent pas se l'imposer à eux-mêmes par une convention. Or la

partie finale de notre article fait une exception à la seconde règle, mais il n'en apporte aucune à la première; donc elle demeure absolue. Etendre aux *prohibitions* l'exception que la loi formule en vue des *conventions* seulement, c'est violer la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Au point de vue rationnel d'ailleurs, de puissants motifs plaident contre cette extension. En effet il y a lieu de supposer que les cohéritiers supporteront assez facilement les conséquences d'un état de choses qu'ils ont eux-mêmes créé. De là l'obligation que la loi leur impose de respecter la convention par laquelle ils se sont interdit le droit de demander le partage pendant cinq ans. Ils ont dû faire cette convention à bon escient, et parce que, se connaissant réciproquement, ils se sont cru capables de vivre en paix pendant le temps qu'ils ont assigné à la durée de l'indivision. Supporteraient-ils aussi facilement une indivision qui leur serait imposée par une volonté étrangère ?

Le doute sur cette question naît principalement de ce que l'exception établie par l'art. 815 *in fine* est la reproduction presque littérale d'un passage de Pothier, qui, dans la pensée de cet auteur, comprenait les prohibitions comme les conventions, ainsi qu'il l'explique lui-même un peu plus loin. Cette raison a entraîné un grand nombre d'auteurs et la jurisprudence à leur suite; nous la croyons insuffisante en présence du texte si formel de l'art. 815.

* **221.** L'art. 2205 ne permet pas aux créanciers personnels d'un cohéritier de mettre en vente la part *indivise,* qui appartient à ce cohéritier dans les immeubles de la succession ; mais il les autorise à demander le partage pour faire déterminer la part de leur débiteur, et à mettre en vente les immeubles tombés dans son lot. C'est là, croyons-nous, un droit que les créanciers sont appelés à exercer de leur propre chef et non du chef de leur débiteur, de même que le droit d'intervenir au partage pour en surveiller les opérations (art. 882), dont l'art. 2205 parle immédiatement après ; et nous en concluons que l'exercice de ce droit ne serait pas paralysé par une convention aux termes de laquelle les héritiers se seraient interdit de demander le partage pendant un certain temps. Autrement les créanciers pourraient se trouver indéfiniment (car la convention peut être renouvelée) dans l'impossibilité de saisir cette partie du patrimoine de leur débiteur.

222. Nature de l'action en partage. — L'action en partage est imprescriptible. Notre article dit en effet que « le partage peut être » *toujours* provoqué ». La raison en est que demander le partage est un acte de *pure faculté,* et que la prescription n'atteint pas les actes de cette nature (art. 2232).

Mais, par définition même, l'action en partage ne subsiste que pendant la durée de l'indivision, puisqu'elle a pour but d'y mettre un terme. Or l'indivision peut cesser : 1° par un partage ; 2° par la prescription. L'un ou l'autre de ces événements éteindra donc l'action en partage. C'est ce que dit l'art 816, ainsi conçu : « *Le partage peut être* » *demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de* » *partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un acte de partage, ou* » *possession suffisante pour acquérir la prescription* ».

223. 1° Nous disons d'abord que l'action en partage ne peut plus être exercée, s'il y a eu un *partage.* C'est cette idée que la loi veut exprimer en disant : « s'il y a eu *un* ACTE *de partage* » ; entendez : une *convention* de partage.

Le mot *acte* a deux sens dans la langue du droit. Il désigne, tantôt un fait juridique, *negotium juridicum,* tantôt un écrit destiné à constater un fait juridique, *instrumentum.* Nous croyons fermement qu'ici comme dans d'autres textes, notamment dans les art. 778, 888 et 1167, la loi l'emploie dans le premier sens : elle veut dire que l'action en partage peut être intentée tant qu'il n'y a pas un *fait juridique* de partage, tel qu'une convention de partage. L'existence d'un partage régulier suffit donc pour écarter l'action en partage, sauf à ceux qui l'opposent à en fournir la preuve. Mais la loi ne s'occupe nullement ici de ce dernier point, et par conséquent il demeure régi par les règles du droit commun. Donc, s'il s'agit d'un partage fait par convention, son existence pourra être prouvée, non seulement par écrit, mais aussi par témoins, si l'intérêt est inférieur à 150 fr. ou s'il y a commencement de preuve par écrit, et dans tous les cas par l'aveu ou le serment. La jurisprudence paraît se fixer en ce sens. Paris, 23 mars 1878, Sir., 78. 2. 256.

D'ailleurs la preuve d'un acte juridique de partage serait nécessaire pour écarter l'action en partage, « même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de » partie des biens de la succession ». La loi proscrit ainsi les partages *de fait* ou partages *présumés,* qui, d'après quelques coutumes, résultaient d'une possession prolongée pendant un certain temps, ordinairement *dix* ans : on présumait que le cohéritier, qui avait possédé pendant un aussi long délai certains biens héréditaires, sans opposition de la part de ses cohéritiers, les détenait en vertu d'un partage régulier, dont il n'avait jamais été dressé acte ou dont l'acte avait été perdu. Cpr. Cass., 27 juillet 1887, Sir., 87. 1. 416.

En résumé, notre disposition, écrite en vue de proscrire les partages de fait ou partages présumés, admis par quelques coutumes, est complètement étrangère à la question de savoir comment se fait la preuve du partage; ce point demeure donc, dans le silence de la loi, régi par les règles du droit commun. Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette interprétation.

Dans une autre opinion, le mot *acte* désignerait ici un acte écrit, *instrumentum,* et la disposition de la loi signifierait que la convention de partage, de même que la transaction (art. 2044) et l'antichrèse (art. 2085), ne peut être prouvée que par écrit, même au-dessous de 150 fr., contrairement aux règles du droit commun : ce qui n'exclurait pas d'ailleurs, suivant quelques-uns, la preuve par l'aveu et par le serment, la loi n'ayant pas entendu dire que le partage est un contrat solennel. Mais il faut avouer qu'on ne voit guère pour quel motif le législateur aurait subordonné la validité du partage à la rédaction d'un acte écrit : ce qui obligerait les parties qui ne savent pas écrire à faire les frais d'un acte notarié pour constater le partage d'une succession même de la plus minime importance.

224. 2° L'indivision peut prendre fin *par la prescription.* La prescription peut faire acquérir à l'un des cohéritiers la propriété exclusive *de partie,* ajoutons *ou même de la totalité* des biens héréditaires, et alors l'indivision ayant cessé quant aux biens ainsi acquis, il ne peut plus être question d'en demander le partage; car le partage suppose des biens indivis. La prescription est ici fondée sur la présomption que les biens possédés par l'un des cohéritiers, à titre de propriétaire exclusif et sans contradiction de la part de ses cohéritiers, pendant le temps requis par la loi, lui ont été attribués en vertu d'un partage régulier dont il n'a pas été dressé d'acte ou dont l'acte a été perdu. Cette supposition est admissible, même dans le cas où un cohéritier a possédé seul tous les biens de la succession; car il a pu

être autorisé à les prendre moyennant une soulte à payer à ses cohéritiers. L'art. 816 fait allusion à la cause de cessation de l'indivision qui nous occupe, par ces mots : « s'il n'y a eu... *possession suffisante pour acquérir la prescription* ». Il faut pour cela : que la possession réunisse les caractères exigés par l'art. 2229, et qu'elle ait duré pendant trente ans.

a. Il faut que la possession réunisse les conditions exigées par l'art. 2229, c'est-à-dire qu'elle soit « continue, et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, » et *à titre de propriétaire* ».

Cette dernière condition donne lieu à quelques observations. Pour qu'elle soit remplie, il faut que l'un des cohéritiers ou chacun d'eux ait possédé tout ou partie des biens héréditaires à titre privatif, *pro suo,* c'est-à-dire comme propriétaire exclusif. Cpr. Cass., 13 décembre 1886, Sir., 87. 1. 176. Il n'y aurait donc pas lieu à la prescription, si les cohéritiers avaient possédé en commun, *promiscue,* ou s'ils avaient possédé les biens héréditaires en vertu d'un partage *provisionnel,* ou si les biens héréditaires ont été possédés en tout ou en partie par un seul ou quelques-uns des héritiers, mais à *titre précaire,* c'est-à-dire tant pour le compte des autres cohéritiers que pour le leur : ce qui arriverait par exemple si le cohéritier, qui a seul détenu les biens de la succession, a donné chaque année à ses cohéritiers leur part dans les fruits. Le point de savoir dans quel cas un cohéritier pourra être considéré comme ayant possédé les biens à titre de propriétaire exclusif donne lieu à des difficultés particulières, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas.

b. Il faut que la possession ait duré pendant trente années.

Jamais la prescription qui nous occupe ne pourrait s'accomplir par dix ou vingt ans conformément à l'art. 2265 ; car cette prescription particulière exige un juste titre, et l'héritier n'en a pas. Elle ne pourrait pas non plus s'accomplir instantanément en ce qui concerne les meubles, la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279) ne recevant pas son application aux universalités mobilières.

Une fois la prescription accomplie, les biens auxquels elle s'applique sont devenus la propriété exclusive du cohéritier qui les a possédés, et ils se trouvent par suite soustraits à l'action en partage, qui ne peut être exercée que relativement à des biens indivis. Si quelques biens héréditaires seulement ont été prescrits, l'action en partage subsiste pour les autres; elle est complètement éteinte au contraire, si aucun bien héréditaire n'a échappé à la prescription. Ce qu'il importe de bien comprendre, c'est que la prescription n'atteint jamais l'*action en partage,* directement au moins. L'action en partage dure aussi longtemps que l'indivision, dont elle est la compagne obligée ; mais elle ne saurait lui survivre. S'il n'y a pas d'indivision sans action en partage, il n'y a pas non plus d'action en partage sans indivision ; or la prescription peut mettre fin à l'indivision et éteindre ainsi par voie de contre-coup l'action en partage. La prescription ne peut pas fonder un état permanent d'indivision, mais elle peut faire cesser l'indivision elle-même. Cass., 14 novembre, 1871, Sir., 71. 1. 217.

* On voit que nous considérons la prescription dont parle l'art. 816 comme une prescription *acquisitive,* et non, ainsi que le font presque tous les auteurs, comme

une prescription *extinctive* de l'action en partage. En effet cet article exige une *possession ;* or la prescription extinctive s'accomplit par le seul effet du laps de temps, sans aucune condition de possession. D'autre part, la loi met la prescription sur la même ligne que le partage, indiquant bien ainsi que la prescription produit le même effet que lui, et que par conséquent elle fait acquérir la propriété exclusive des biens auxquels elle s'applique.

§ II. *De la capacité requise pour intenter l'action en partage ou y défendre.*

225. Pothier dit que le partage est une *espèce* d'aliénation, parce qu'il restreint aux seuls objets qui échoient à chacun des cohéritiers le droit qu'il avait auparavant sur tous les effets de la succession. Le partage en effet n'est pas dans notre droit une aliénation proprement dite, ainsi qu'on le verra sous l'art. 883; mais il y ressemble beaucoup; car, en déterminant plus ou moins exactement la part de chaque cohéritier, il peut faire subir à quelques-uns d'entre eux un préjudice semblable à celui que leur causerait une aliénation, et on s'explique ainsi que la loi exige pour procéder au partage une capacité très voisine de celle qu'elle requiert pour aliéner. C'est ce que nous allons voir en examinant successivement la situation qu'elle fait sur ce point aux divers incapables.

a. **Mineurs et interdits.** — « *L'action en partage, à l'égard des cohéri-* » *tiers mineurs ou interdits, peut être exercée par leurs tuteurs spéciale-* » *ment autorisés par un conseil de famille* » (art. 817 al. 1). On se souvient que le tuteur peut, sans aucune autorisation, défendre à une action en partage dirigée contre son pupille (cpr. art. 465, et t. I, n. 1085). Si plusieurs mineurs placés sous une même tutelle ont dans le partage des intérêts opposés, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial (art. 838 *in fine*).

Quant au mineur émancipé, nous avons vu (t. I, n. 1137-4°) qu'il peut intenter l'action en partage ou y défendre avec la seule assistance de son curateur, conformément à l'art. 840.

b. **Personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire.** — L'assistance du conseil leur est incontestablement nécessaire pour procéder à un partage judiciaire, soit en demandant, soit en défendant (art. 499 et 513, argument tiré du mot *plaider*). Il y a quelque doute sur le point de savoir si elles peuvent procéder valablement à un partage amiable, et, dans le cas de l'affirmative, si elles le peuvent sans l'assistance de leur conseil. Cpr. t. I, n. 1193.

c. **Absents.** — « *A l'égard des cohéritiers absents, l'action appartient* » *aux parents envoyés en possession* » (art. 817 al. 2).

Ajoutez : ou à l'époux présent qui a opté pour la continuation de la communauté (arg. art. 124).

Il s'agit d'une succession qui s'est ouverte avant la disparition ou les dernières nouvelles du cohéritier absent : car si elle s'était ouverte à une époque où son existence était déjà devenue incertaine, elle serait attribuée tout entière à ses cohéritiers (art. 136), et il ne pourrait pas être question par conséquent d'intenter l'action en partage de son chef.

La loi ne prévoit d'ailleurs ici que le cas où l'un des cohéritiers est en état d'absence déclarée; s'il était en état d'absence présumée, il y aurait lieu d'appliquer la disposition de l'art. 113.

d. **Femmes mariées.** — « *Le mari peut, sans le concours de sa femme,* » *provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à elle échus, qui* » *tombent dans la communauté : à l'égard des objets qui ne tombent pas* » *en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le con-* » *cours de sa femme ; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens,* » *demander un partage provisionnel. — Les cohéritiers de la femme ne* » *peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari* » *et la femme* » (art. 818). — Ce texte suppose sans le dire qu'une succession échue à une femme mariée a été régulièrement acceptée ; il s'agit de savoir par qui le partage en peut être provoqué. Ce droit n'appartient jamais au mari *en cette qualité;* mais il peut lui appartenir en vertu de ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire des conventions expresses ou tacites dont l'ensemble constitue son régime matrimonial.

La loi distingue à ce sujet s'il y a ou s'il n'y a pas communauté entre les époux. Avant d'examiner ces deux hypothèses, il faut dire ce que c'est que la communauté. Il y a communauté entre deux époux, lorsque, d'après l'économie du régime matrimonial qu'ils ont adopté, leurs biens sont communs en tout ou en partie. Les biens communs, ou biens de la communauté, sont destinés à subvenir aux charges du mariage pendant sa durée; ils se partagent entre les époux ou leurs représentants lors de la dissolution de l'association conjugale. Le mari est *seigneur et maître de la communauté,* c'est-à-dire qu'il a sur les biens dont elle se compose des pouvoirs presque égaux à ceux d'un propriétaire (art. 1421).

Première hypothèse. *Il y a communauté entre les époux.*

α. Si, d'après les dispositions du régime qu'ils ont adopté, les biens composant la succession échue à la femme doivent tomber dans la communauté, le mari, en qualité de chef de la communauté, peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage de cette succession, et à plus forte raison répondre à une action en partage intentée par les cohéritiers de la femme. C'est tout simple, puisque, la part de la femme dans ladite succession devant profiter à la communauté, c'est en quelque sorte la communauté qui est héritière, et que cette communauté est personnifiée dans le mari. Ainsi par exemple, sous le régime de la communauté légale, le mari peut, sans le concours de sa

femme, provoquer le partage des successions purement mobilières qui sont échues à celle-ci (arg. art. 1401-1°).

β. Si au contraire, d'après les dispositions du régime adopté par les époux, la part de succession revenant à la femme ne doit pas tomber en communauté, si elle doit demeurer propre à la femme, comme il arriverait par exemple sous le régime de la communauté légale pour une succession immobilière (art. 1404 al. 1), le mari n'a pas le droit de provoquer le partage, au moins le partage définitif (car on verra bientôt qu'il pourrait le plus souvent en pareil cas provoquer un partage de jouissance ou partage provisionnel). La raison en est que le mari n'a pas le droit de disposer de la fortune personnelle de sa femme; or le partage est à certains égards un acte de disposition. Par qui donc le partage définitif de la succession pourra-t-il être provoqué ? Par la femme elle-même, autorisée comme de droit. Ce langage est plus exact que celui de l'art. 818, qui dispose que le mari peut provoquer le partage avec le *concours de sa femme;* c'est bien plutôt la femme qui agit avec le concours du mari, puisque c'est elle qui est héritière. Le partage pourra aussi être provoqué par les cohéritiers de la femme ; mais ils devront mettre en cause la femme et le mari, celui-ci aux fins d'autoriser sa femme (art. 818 *in fine*).

Deuxième hypothèse. *Il n'y a pas communauté entre les époux.* Les biens, revenant à la femme dans la succession qui lui est échue, devant toujours, en pareil cas, faire partie de son patrimoine propre, le mari, qui n'a pas le droit de disposer de ce patrimoine, ne pourra en aucun cas provoquer le partage définitif de la succession. Seule la femme aura ce droit, et elle devra, pour l'exercer, être munie de l'autorisation requise par la loi.

Observation. — Dans tous les cas où le mari n'a pas qualité, d'après les règles qui viennent être exposées, pour provoquer le partage définitif de la succession échue à sa femme, il peut en provoquer un partage *provisionnel,* si ses conventions matrimoniales lui donnent un droit de jouissance sur les biens de sa femme. Ainsi donc, dans l'hypothèse dont il s'agit, la femme, qui est propriétaire, pourra seule provoquer un partage de propriété, un partage *définitif;* le mari, qui a un droit de jouissance, ne pourra provoquer qu'un partage de jouissance, un partage *provisionnel.* Cela nous conduit à parler des diverses espèces de partage.

§ III. *Des diverses espèces de partage.*

226. Le partage peut être fait à l'*amiable* ou en *justice,* sans parler du partage que les ascendants sont autorisés à faire eux-mêmes de leurs biens entre leurs descendants, aux termes des art. 1075 et s.

Le partage *amiable* (*inter amicos*) est le résultat d'une *convention* librement discutée entre les cohéritiers, qui réussissent à se mettre d'accord sur tous les points ; aussi l'appelle-t-on souvent : partage *conventionnel*. Le partage *judiciaire* est celui qui se fait avec l'intervention de la justice. Le premier offre sur le second l'avantage d'être plus expéditif et moins coûteux ; il est aussi plus intelligent, car il permet de tenir compte des convenances réciproques des copartageants, en *attribuant* à chacun le lot qui lui convient le mieux (partage d'*attribution*), tandis que le tirage au sort rend le partage judiciaire aveugle. Il est vrai que ce tirage au sort prévient toute fraude dans l'attribution des lots. En outre le partage judiciaire offre des garanties particulières aux copartageants au point de vue de l'égalité des lots, dont la composition est confiée à des hommes ayant une compétence spéciale, à des experts. Mais il est douteux que ces avantages compensent l'infériorité qu'il présente sous les autres points de vue.

Il y a trois cas dans lesquels le partage doit nécessairement être fait en justice :

1° Lorsque « tous les cohéritiers *ne sont pas présents* » (art. 838).

La loi comprend ici sous cette dénomination soit les héritiers *déclarés* ou *présumés absents*, soit les héritiers simplement *non-présents* (arg. de ces mots de l'art. 840 : *soit au nom des absents ou non-présents*). Et toutefois un partage amiable serait possible, si le cohéritier ou les cohéritiers absents ou non-présents étaient *dûment représentés* (C. pr. art. 985) ; ce qui signifie : représentés par un mandataire *conventionnel* muni de pouvoirs suffisants, et non par un mandataire *légal* (envoyés en possession provisoire) ou *judiciaire* (notaire nommé aux termes de l'art. 113).

2° Lorsqu'il se trouve, parmi les cohéritiers, des mineurs, même émancipés, ou des interdits. « *Si tous les cohéritiers ne sont pas présents, ou s'il y a parmi eux des interdits, ou des mineurs, même émancipés, le partage doit être fait en justice, conformément aux règles prescrites par les articles* 819 *et suivants, jusques et compris l'article précédent. S'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial et particulier* » (art. 838).

La nécessité de procéder à un partage judiciaire, quand il y a parmi les cohéritiers des mineurs ou des interdits, est souvent un véritable fléau pour tous les intéressés, à cause des frais qu'entraîne ce mode de partage. Aussi la pratique a-t-elle imaginé plusieurs moyens pour soustraire les incapables à la protection ruineuse dont la loi les accable. Un des plus usités consiste à procéder au partage par voie de transaction, en remplissant les formalités prescrites par l'art. 467 (Angers, 7 août 1874, Sir., 75. 2. 105, et 20 août 1884, Sir. 85. 2. 61. Ce dernier arrêt semble admettre que le partage par voie de transaction n'est possible qu'autant que l'emploi de ce moyen se trouve justifié par la crainte des contestations auxquelles pourrait donner lieu le partage. Arg. art. 2044). Ce procédé n'est peut-être pas à l'abri de toute critique, et il est douteux qu'il procure aux intéressés une sécurité absolue. Souvent aussi on procède à un partage amiable dans lequel une tierce personne se porte fort pour le mineur et promet sa ratification.

3° Lorque, tous les cohéritiers se trouvant dans les conditions requises pour procéder à un partage amiable, l'accord ne peut pas s'établir entre eux. On lit à ce sujet dans l'art. 823 : « *Si l'un des cohéritiers* » *refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations soit sur le* » *mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer, le tribunal pro-* » *nonce comme en matière sommaire, ou commet, s'il y a lieu, pour les* » *opérations du partage, un des juges, sur le rapport duquel il décide les* » *contestations* ».

Dans tous les autres cas, le partage peut avoir lieu à l'amiable. C'est ce qui résulte de l'art. 819 al. 1 C. civ., et de l'art. 985 C. pr., ainsi conçu : « Au surplus, lorsque tous les copropriétaires ou cohéri- » tiers seront majeurs, *jouissant* (il aurait fallu dire : *ayant l'exercice*) de » leurs droits civils, présents ou dûment représentés, ils pourront » s'abstenir des voies judiciaires, ou les abandonner en tout état de » cause, et s'accorder pour procéder de telle manière qu'ils aviseront ».

227. Amiable ou judiciaire, le partage peut être *définitif* ou *provisionnel*. — *Définitif*, quand il fait cesser l'indivision d'une manière *définitive :* les droits des cohéritiers sont réglés une fois pour toutes. — *Provisionnel*, quand il fait cesser l'indivision d'une manière *provisoire :* les droits des cohéritiers ne sont réglés que quant à la jouissance ; la propriété des biens reste indivise, et ne cessera de l'être qu'après un partage définitif. Le partage *définitif* est donc un partage *de propriété ;* le partage *provisionnel* un partage *de jouissance*.

Le partage peut être provisionnel par la volonté des parties ou en vertu des dispositions de la loi.— *Par la volonté des parties*, lorsqu'elles ont entendu ne procéder qu'à une division de la jouissance ; elles peuvent en régler les effets comme elles l'entendent. — *En vertu des dispositions de la loi*, dans l'hypothèse prévue par l'art. 840, ainsi conçu : « *Les partages faits conformément aux règles ci-dessus prescrites, soit* » *par les tuteurs, avec l'autorisation d'un conseil de famille, soit par les* » *mineurs émancipés, assistés de leurs curateurs, soit au nom des absents* » *ou non-présents, sont définitifs : ils ne sont que provisionnels, si les* » *règles prescrites n'ont pas été observées* ».

Le partage provisionnel, étant un partage de jouissance, a principalement pour effet de permettre à chaque héritier de faire siens les fruits des biens mis dans son lot.

Lorsque le partage est provisionnel en vertu de la volonté des parties contractantes, chaque cohéritier peut demander un partage définitif, sans avoir besoin de faire annuler le partage provisionnel, et sauf à respecter la convention qui aurait été faite de ne pas demander le partage définitif pendant un délai ne dépassant pas cinq années.

Quand un partage est provisionnel pour inobservation des formes prescrites dans l'intérêt d'un incapable (art. 840), il est sans difficulté que l'incapable peut demander un partage définitif. Ses cohéritiers, qui avaient la capacité requise pour pro-

céder à un partage amiable, et qui ont entendu, nous le supposons, procéder à un partage définitif, le peuvent-ils aussi? La jurisprudence admet la négative par argument de l'art. 1125 al. 2. Elle oblige par conséquent les cohéritiers de l'incapable, qui avaient la capacité requise pour procéder à un partage amiable, à respecter le partage, s'il plaît à l'incapable de s'y tenir. Cass., 12 janvier 1875, Sir., 75. 1. 117. Cette solution a soulevé de graves objections dans la doctrine.

§ IV. *De la forme du partage.*

228. La loi ne règle la forme du partage que lorsqu'il a lieu en justice. Le partage amiable se fait « *dans la forme* et par *tel acte* que » les parties intéressées jugent convenable » (art. 819 al. 1).

= *Dans la forme...* Les cohéritiers peuvent donc faire le partage par acte authentique, ou par acte sous seing privé, ou même par simple convention verbale, sauf en ce cas les difficultés de la preuve.

= *Par tel* ACTE *que les parties intéressées jugent convenable.* Le mot *acte* désigne ici un acte juridique. Ainsi les parties pourront procéder au partage par voie d'échange, de vente, de transaction ou de toute autre manière (arg. art. 888).

Nous n'avons donc à nous occuper, au point de vue de la forme, que du partage judiciaire.

1. *Formalités préliminaires du partage. — Apposition des scellés, inventaire.*

229. Aux termes de l'art. 819 : « *Si tous les héritiers sont présents et majeurs,* » *l'apposition de scellés sur les effets de la succession n'est pas nécessaire, et le* » *partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées* » *jugent convenable. — Si tous les héritiers ne sont pas présents, s'il y a parmi eux* » *des mineurs ou des interdits, le scellé doit être apposé dans le plus bref délai,* » *soit à la requête des héritiers, soit à la diligence du procureur du Roi près le tri-* » *bunal de première instance, soit d'office par le juge de paix dans l'arrondissement* » *duquel la succession est ouverte* ». — D'après l'art. 911 C. pr., qui a modifié sur ce point l'art. 819, la présence d'un mineur ou d'un interdit parmi les cohéritiers ne rend l'apposition des scellés obligatoire que lorsqu'il n'est pas pourvu d'un tuteur.

L'art. 820 ajoute : « *Les créanciers peuvent aussi requérir l'apposition des scellés,* » *en vertu d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge* ». — Le juge compétent pour accorder cette permission est le président du tribunal de première instance, ou le juge de paix du canton dans lequel le scellé doit être apposé (C. pr. art. 909-2°).

« *Lorsque le scellé a été apposé, tous créanciers peuvent y former opposition,* » *encore qu'ils n'aient ni titre exécutoire ni permission du juge. — Les formalités* » *pour la levée des scellés et la confection de l'inventaire, sont réglées par les lois* » *sur la procédure* » (art. 821).

Former opposition au scellé, c'est s'opposer à ce qu'il soit levé hors de la présence de l'opposant. Ce droit appartient, d'après notre article, à tout créancier.

2. *Tribunal compétent pour statuer sur l'action en partage.*

230. « *L'action en partage et les contestations qui s'élèvent dans le cours des* » *opérations, sont soumises au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession* » (art. 882 al. 1).

La loi a voulu centraliser devant un même tribunal toutes les opérations et toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu le partage de la succession entre les divers intéressés. Elle a choisi le tribunal *de l'ouverture de la succession,* c'est-à-dire du dernier domicile du défunt (art. 110), parce que c'est là que se trouveront la plupart du temps les titres à consulter et les biens à partager; les juges auront ainsi sous la main les principaux éléments de décision.

« *C'est devant ce tribunal* », dit l'art. 822 al. 2, « *qu'il est procédé aux licitations,* » *et que doivent être portées les demandes relatives à la garantie des lots entre copar-* » *tageants, et celles en rescision de partage* ». — La demande *en garantie* est en quelque sorte un appendice du partage, et la demande en *rescision* donne lieu à un nouveau partage. Il n'y a donc pas antinomie entre notre disposition et celle de l'art. 59 al. 6 C. pr., qui déclare le tribunal de l'ouverture de la succession compétent pour statuer « sur les demandes entre héritiers, *jusqu'au partage inclusivement* ».

3. *Des opérations que peut entraîner le partage.*

231. Cette matière est régie par les art. 824 à 840, auxquels il faut joindre les art. 966 à 985 C. pr., dont plusieurs ont été modifiés par la loi du 2 juin 1841.

1° **Estimation des biens à partager.** — La loi distingue s'il s'agit d'immeubles ou de meubles.

a. *Estimation des immeubles.* Aux termes de l'art. 824 : « *L'estimation des im-* » *meubles est faite par experts choisis par les parties intéressées, ou, à leur refus,* » *nommés d'office. — Le procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'esti-* » *mation; il doit indiquer si l'objet estimé peut être commodément partagé; de* » *quelle manière; fixer enfin, en cas de division, chacune des parts qu'on peut en* » *former, et leur valeur* ». Autrefois l'expertise était obligatoire, quand il y avait un ou plusieurs cohéritiers mineurs ou interdits (C. civ., art. 466, et C. pr., ancien art. 969). Elle est devenue facultative même dans ce cas (C. pr., nouvel art. 970, al. 2). — D'autre part, les experts devaient être au nombre de trois, à moins que les parties toutes majeures et capables ne consentissent à la nomination d'un seul (C. civ. art. 466 et 824, et C. pr., anciens art. 969 et 971). Aujourd'hui le tribunal peut dans tous les cas ne nommer qu'un seul expert (C. pr., nouvel art. 971 al. 1).

b. *Estimation des meubles.* On lit à ce sujet dans l'art. 825 : « *L'estimation des* » *meubles, s'il n'y a pas eu de prisée faite dans un inventaire régulier, doit être* » *faite par gens à ce connaissant, à juste prix et sans* CRUE ». La *crue,* appelée aussi *plus-value,* était un complément que l'on ajoutait autrefois à l'estimation des *huissiers-priseurs* ou *jurés-priseurs,* pour avoir la véritable valeur des meubles. Il était à Paris du quart de l'estimation même; ainsi ce qui avait été estimé 4 était considéré comme valant 5. L'usage de la crue suppose que l'estimation des jurés-priseurs était au-dessous de la réalité. C'est ce qui arrivait en effet régulièrement, depuis qu'un édit d'Henri II, de février 1566, avait rendu les jurés-priseurs responsables de leur estimation, en décrétant qu'ils pourraient être tenus de prendre, « pour l'excessive prisée qu'ils en auroyent faite, sous prétexte de plus grand salaire, ou voulans gratifier à l'une ou l'autre des parties », tous les meubles, qui, après avoir été exposés publiquement en vente, n'auraient pas trouvé d'acquéreur pour « ladite prisée ». Nous n'avons plus rien de pareil dans notre droit actuel. Les officiers publics, chargés de la mission d'estimer les meubles, doivent faire leur estimation *à juste prix;* et, comme notre loi ne les en rend plus responsables, il n'y a plus de motif pour en suspecter la sincérité. Notre article abolit donc l'ancien usage de la *crue.*

2° **Vente des biens héréditaires.** — La vente des biens héréditaires n'est qu'une mesure exceptionnelle. Régulièrement ils doivent être attribués *en nature* aux divers copartageants.

En ce qui concerne les *meubles,* la vente en doit avoir lieu dans deux cas, que l'art. 826 indique en ces termes: « *Chacun des cohéritiers peut demander sa part en » nature des meubles et immeubles de la succession : néanmoins, s'il y a des créan- » ciers saisissants ou opposants, ou si la majorité des cohéritiers juge la vente néces- » saire pour l'acquit des dettes et charges de la succession, les meubles sont vendus » publiquement en la forme ordinaire* ». Cpr. art. 945 à 952 C. pr.

Quant aux *immeubles,* leur vente n'est nécessaire que dans un seul cas, celui où ils ne peuvent pas se partager commodément (art. 827 al. 1). La vente d'une chose impartageable en nature, ainsi faite en vue d'en partager le prix, porte le nom de *licitation* (de *liceri, liceor,* vendre aux enchères). Lorsque toutes les parties sont présentes ou dûment représentées, majeures et maîtresses de leurs droits, la licitation peut être faite dans telle forme qu'il leur plaît de choisir. Dans le cas contraire, elle doit se faire dans les formes prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs. C'est ce qui résulte des art. 827 et 839, ainsi conçus : « *Si les immeubles » ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à la vente par lici- » tation devant le tribunal. — Cependant les parties, si elles sont toutes majeures, » peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire, sur le choix duquel » elles s'accordent* » (art. 827). « *S'il y a lieu à licitation, dans le cas du précédent » article* (l'art. 838), *elle ne peut être faite qu'en justice avec les formalités prescrites » pour l'aliénation des biens des mineurs. Les étrangers y sont toujours admis* » (art. 839). Cpr. art. 969 à 973 et 953 à 965 C. pr. Remarquez que, pour les immeubles, à la différence de ce qui a lieu pour les meubles, la volonté de la majorité des cohéritiers ne suffirait pas pour rendre leur vente nécessaire ; il faudrait l'unanimité.

3° **Liquidation et formation de la masse partageable.** — C'est un notaire qui est chargé de cette opération. L'art. 828 al. 1 indique comment il est désigné : « *Après que les meubles et immeubles ont été estimés et vendus, s'il y a lieu, le juge- » commissaire renvoie les parties devant un notaire dont elles conviennent, ou nommé » d'office, si les parties ne s'accordent pas sur le choix* ». Cpr. art. 976 C. pr.

Avant de former la masse partageable, il y a à liquider les droits respectifs des cohéritiers. Pour cela, il faut régler les comptes des cohéritiers les uns à l'égard des autres. Ainsi, dans le cas où l'un des cohéritiers a administré seul les biens de la succession, il peut avoir à réclamer de ses cohéritiers le remboursement de leur part dans les frais d'administration ; en sens inverse, ses cohéritiers peuvent avoir à lui réclamer leur part dans les fruits par lui perçus. L'art. 828 al. 2 dit à ce sujet : « *On procède, devant cet officier, aux comptes que les copartageants peuvent se » devoir, à la formation de la masse générale, à la composition des lots, et aux » fournissements à faire à chacun des copartageants* ». Le mot *fournissements* désigne les sommes qui doivent être payées à un héritier pour remplir la différence résultant en sa faveur de la balance des comptes.

Les règles relatives à la formation de la masse partageable sont indiquées dans les art. 829 et 830, ainsi conçus : « *Chaque cohéritier fait rapport à la masse, sui- » vant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits, et des » sommes dont il est débiteur* » (art. 829). « *Si le rapport n'est pas fait en nature, » les cohéritiers à qui il est dû, prélèvent une portion égale sur la masse de la suc- » cession. — Les prélèvements se font, autant que possible, en objets de même » nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature* » (art. 830). Ces textes seront facilement compris, quand nous aurons traité du rapport.

L'art. 837 ajoute: « *Si dans les opérations renvoyées devant un notaire, il s'élève » des contestations, le notaire dressera procès-verbal des difficultés et des dires res- » pectifs des parties, les renverra devant le commissaire nommé pour le partage ; » et, au surplus, il sera procédé suivant les formes prescrites par les lois sur la pro- » cédure.* »

4° **Composition des lots.** — « *Les lots sont faits par l'un des cohéritiers, s'ils » peuvent convenir entre eux sur le choix, et si celui qu'ils avaient choisi accepte » la commission ; dans le cas contraire, les lots sont faits par un expert que le » juge-commissaire désigne. — Ils sont ensuite tirés au sort* » (art. 834). *Junge* C. pr. art. 978, 982 et s.

— *Par un expert que le juge-commissaire désigne.* Dans un cas particulier, les lots sont faits par les experts que le tribunal a désignés pour procéder à l'estimation des immeubles ; c'est celui où « la demande en partage n'a pour objet que la division d'un ou de plusieurs immeubles sur lesquels les droits des intéressés sont déjà liquidés (C. pr., nouvel art. 975). Ce texte a levé l'antinomie, qui existait entre l'art. 466 d'après lequel les experts chargés de procéder à l'estimation des immeubles sont chargés en même temps de procéder à la composition des lots, et les art. 824 et 834, d'après lesquels la composition des lots est confiée à un expert désigné par le juge-commissaire, les experts désignés par le tribunal pour procéder à l'estimation des immeubles étant seulement chargés de préparer la composition des lots.

Les règles à observer relativement au nombre et à la composition des lots sont contenues dans les art. 831 à 833 et 836.

Aux termes de l'art. 831 : « *Après ces prélèvements, il est procédé, sur ce qui reste » dans la masse, à la composition d'autant de lots égaux qu'il y a d'héritiers copar- » tageants, ou de souches copartageantes* ». On fait autant de lots qu'il y a de copartageants, s'ils viennent tous de leur chef et s'ils ont droit à des parts égales. Si les cohéritiers ont droit à des parts inégales, il doit être fait un nombre de lots suffisant pour que le tirage au sort soit possible. Ainsi, la succession étant dévolue au père et à un frère du défunt, il faudra faire quatre lots ; on en tirera un au sort pour le père, et les trois autres reviendront au frère. Cpr. Pau, 24 janvier 1887, Sir., 87. 2. 233. Dans les cas où il y a lieu à la représentation, on fait autant de lots qu'il y a de souches copartageantes, sauf subdivision du lot afférent à une ou plusieurs souches entre les diverses branches qu'elles ont produites.

Combien faut-il faire de lots, au cas où la succession doit se diviser entre des héritiers de la ligne paternelle et des héritiers de la ligne maternelle ? Une opinion accréditée décide qu'il y a lieu de faire d'abord deux lots égaux, dont un sera attribué par voie de tirage au sort à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Puis les héritiers de chaque ligne partageront, s'il y a lieu, suivant les règles du droit commun, le lot qui leur est échu. La cour de cassation condamne ce mode de procéder. La règle, dit-elle (art. 831), c'est qu'il y a lieu de faire autant de lots qu'il y a d'héritiers. Cette règle reçoit une seule exception, au cas où parmi les copartageants il y en a qui viennent de leur chef et d'autres par représentation : on fait alors autant de lots qu'il y a de souches copartageantes, sauf subdivision du lot attribué à chaque souche entre les divers ayant droit. Ce procédé exceptionnel ne saurait être étendu par voie d'analogie au cas où la succession se divise entre des héritiers de la ligne paternelle et des héritiers de la ligne maternelle. Il faut alors prendre pour unité la part de l'héritier dont les droits sont les plus faibles, et faire autant de lots que cette part est comprise de fois dans le total des biens composant la succession, puis attribuer par voie de tirage au sort un ou plusieurs lots à chaque intéressé suivant ses droits. Cass., 28 novembre 1883, Sir., 85. 1. 65. Ce procédé, qui a peut-être le mérite de respecter scrupuleusement la lettre de la loi, a l'inconvénient grave de conduire à un morcellement infini de la propriété foncière.

« *Les règles établies pour la division des masses à partager, sont également obser- » vées dans la subdivision à faire entre les souches copartageantes* » (art. 836).

« *Dans la formation et composition des lots, on doit éviter, autant que possible, » de morceler les héritages et de diviser les exploitations ; et il convient de faire » entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, » de droits ou de créances de même nature et valeur* » (art. 832).

« *L'inégalité des lots en nature se compense par un retour, soit en rente, soit en* » *argent* » (art. 833). Ce retour porte le nom de *soulte* (de *solvere, solutum*).

5° **Homologation du partage.** — Elle est poursuivie par la partie la plus diligente, et prononcée, *s'il y a lieu,* par le tribunal (C. pr. art. 980 et 981). Nous disons : *s'il y a lieu;* car, aux termes de l'art. 835 : « *Avant de procéder au tirage des* » *lots, chaque copartageant est admis à proposer ses réclamations contre leur for-* » *mation* ».

6° **Tirage au sort des lots** (art. 834 al. 2 ; *junge* C. pr. art. 982). — C'est le tirage au sort qui a fait donner le nom de *lots* à la portion attribuée à chaque cohéritier.

7° **Remise des titres concernant les divers objets héréditaires.** — » *Après le partage, remise doit être faite à chacun des copartageants, des titres* » *particuliers aux objets qui lui seront échus. — Les titres d'une propriété divisée* » *restent à celui qui a la plus grande part, à la charge d'en aider ceux de ses* » *copartageants, qui y auront intérêt, quand il en sera requis. — Les titres com-* » *muns à toute l'hérédité sont remis à celui que tous les héritiers ont choisi pour en* » *être le dépositaire, à la charge d'en aider les copartageants, à toute réquisition. —* » *S'il y a difficulté sur ce choix, il est réglé par le juge* » (art. 842).

En ce qui concerne les titres de noblesse il n'y a pas lieu d'en ordonner la licitation, même entre les cohéritiers seulement. A défaut d'entente entre les héritiers, le tribunal déterminera quel est celui des cohéritiers qui en restera dépositaire, à la charge d'en aider les autres (Angers 12 février 1885, Sir., 86. 2. 186).

§ V. *Du retrait successoral.*

232. Définition. — Le *retrait,* en général, est, dit Pothier, « le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place ». Le retrait constitue donc une expropriation forcée.

Il existait dans notre ancien droit un très grand nombre de retraits ; Merlin en compte jusqu'à vingt-cinq. Le législateur du code civil a considérablement réduit ce nombre ; il n'admet plus que le retrait *successoral,* qui va nous occuper, le retrait *ligitieux* (art. 1699 à 1701) et le retrait *d'indivision* (art. 1408 al. 2).

Nous n'avons qu'un seul texte sur le retrait successoral, c'est l'art. 841, ainsi conçu : « *Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas* » *son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la* » *succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers,* » *soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession* ».

Voici l'hypothèse prévue et réglée par ce texte. Trois cohéritiers, *Primus, Secundus* et *Tertius,* sont appelés conjointement à une même succession ; avant que le partage en soit effectué, *Primus* cède ses droits successifs à une personne étrangère à la succession, moyennant 10,000 fr. *Secundus* ou *Tertius,* pourra dire au cessionnaire : « Je prends votre marché pour mon compte en vous remboursant le prix qu'il vous a coûté ; je vous écarte ainsi des opérations du partage, auquel votre titre de cessionnaire vous donnait le droit de prendre part : c'est moi qui prends votre place ».

Tel est le *retrait successoral :* expression que le législateur paraît

avoir évité à dessein d'employer, parce que le mot *retrait* sonnait mal à cette époque, mais qui est consacrée par une tradition séculaire, et dont la doctrine moderne n'hésite pas à se servir. — On appelle *retrayant* celui qui exerce le retrait, et *retrayé* celui contre lequel il est exercé.

233. Historique. — Le retrait successoral était inconnu en droit romain. Nos anciens parlements, et notamment celui de Paris, l'admirent par extension des lois *Per diversas* et *Ab Anastasio* (l. 1. 22 et 23, C., *Mandati vel contra,* IV, 35) relatives aux cessions de droits litigieux. Notre droit intermédiaire paraît l'avoir laissé subsister ; tout au moins il ne l'a pas formellement abrogé.

234. But de cette institution. — D'après Lebrun, le retrait successoral a été introduit « par cette raison qu'il y a ordinairement de la vexation ou un étrange intéressement de la part d'un étranger curieux d'apprendre les affaires d'autrui » ; et il ajoute, citant Plaute : *curiosus quin sit malevolus.* Tels sont bien en effet les motifs qui paraissent avoir inspiré notre législateur. En établissant le retrait successoral, il a voulu donner aux familles une arme contre la malveillance de l'étranger curieux et indiscret, qui ne s'est peut-être rendu cessionnaire que pour pénétrer, en assistant aux opérations du partage, des secrets qu'on tient à ne pas lui dévoiler, ou contre l'avidité processive du spéculateur, qui sera rarement animé de l'esprit de conciliation si nécessaire pour le succès de l'opération délicate du partage.

* Et toutefois, si l'on songe : d'une part que le *retrait successoral* est souvent préjudiciable aux intérêts des cohéritiers, qui, grâce à cette institution, ne trouvent guère à vendre leurs droits successifs qu'à vil prix ; d'autre part que les parties peuvent aisément éluder l'application de l'art. 841 au moyen de mille fraudes, dont la pratique fournit de très nombreux exemples, et notamment en portant dans l'acte de cession un prix supérieur au prix réel, ou en déguisant une cession à titre onéreux sous la forme d'une cession à titre gratuit, ou encore en tenant la cession secrète à l'aide d'un mandat, en vertu duquel le cédant se fera représenter au partage par le cessionnaire ; si l'on songe enfin aux mille procès que l'art 841 fait naître dans la pratique, on regrettera peut-être que notre législateur ait cru devoir maintenir le retrait successoral, qui constitue une exception à un principe fondamental de notre droit, au principe de l'art. 545, puisqu'il n'est qu'une expropriation pour cause d'utilité *privée,* pour cause d'utilité *familiale,* comme le dit M. Demolombe. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que le retrait successoral constitue une matière tout à fait exceptionnelle, et par conséquent le texte de la loi qui l'organise doit recevoir l'interprétation restrictive.

1. *Des cessions soumises au retrait successoral.*

235. Quatre conditions sont exigées pour qu'une cession puisse donner lieu à l'exercice du retrait successoral.

Première condition. — Il faut qu'il s'agisse d'une cession de droits *successifs.* La loi parle en effet d'un cohéritier « qui a cédé *son droit à* » *la succession* », c'est-à-dire son droit *héréditaire.* Toute autre cession échapperait donc au retrait.

Il en serait ainsi notamment de la cession faite par le mari ou par la femme de son droit dans la communauté, et de la cession consentie par un associé de son droit dans la société. *Non obstant* art. 1476 et 1872.

D'ailleurs, quand il s'agit d'une cession de droits successifs, il importe peu qu'elle ait pour objet la totalité ou une quote-part seulement du droit héréditaire.

* La cession, qu'un cohéritier aurait faite de son droit indivis dans un ou plusieurs objets déterminés de la succession (*singulæ res*), de son droit dans un immeuble héréditaire par exemple, ne donnerait pas lieu à l'exercice du retrait. La loi parle du cohéritier qui a cédé « son droit à la *succession* », c'est-à-dire à l'universalité, et non aux objets particuliers qui la composent. Sauf à apprécier cependant, en fait, si la cession, qui paraît s'appliquer d'après ses termes à des objets particuliers, ne s'applique pas en réalité au droit héréditaire lui-même ; car il est clair que les parties ne peuvent pas, à l'aide d'un moyen détourné, soustraire à l'exercice du retrait une cession, qui, par sa nature même, le comporte. La cour de cassation a rendu plusieurs arrêts en ce sens. Le plus récent est du 23 mars 1870. Voyez aussi dans le même sens Rennes, 15 janvier 1880, Sir., 81. 2. 185. On trouve d'autres décisions judiciaires en sens contraire. Elles invoquent principalement l'esprit de la loi. C'est admettre l'interprétation *extensive* dans une matière qui la repousse. La doctrine est divisée sur cette question.

Deuxième condition. — Il faut que la cession ait été faite à titre onéreux. Une cession à titre gratuit échapperait donc au retrait. Le mot *cédé,* qu'emploie l'art. 841, est synonyme de *vendu.* D'ailleurs le législateur parle du remboursement du prix de la cession : ce qui exclut la cession à titre gratuit, dans laquelle il n'y a pas de prix. Exclusion fort juste ; car ici le retrait aurait pour conséquence de priver le retrayé du bénéfice de la donation et d'en faire profiter le retrayant. Enfin l'esprit de la loi manque aussi bien que son texte pour permettre d'évincer par le retrait successoral un cessionnaire à titre gratuit ; car on n'a pas à redouter chez lui cet esprit de cupidité, qui légitime l'exclusion du cessionnaire à titre onéreux, spéculateur de profession le plus souvent, dur et avare par conséquent.

Troisième condition. — La cession doit avoir été faite par un *cohéritier.*

D'ailleurs le mot *cohéritier* doit ici, d'après l'esprit bien évident de la loi, être entendu *lato sensu* comme désignant tous ceux qui succèdent *in universum jus,* qu'ils soient ou ne soient pas saisis, non seulement par suite les héritiers légitimes du défunt, mais aussi ses successeurs irréguliers, par exemple ses enfants naturels, et aussi ses légataires à titre universel. Comprendrait-on que la cession, faite par un enfant naturel par exemple, fût plus favorisée que celle émanant d'un enfant légitime et que la première échappât au retrait, tandis que la seconde y serait soumise ?

Quatrième condition. — Il faut enfin que la cession ait été faite au profit d'une personne *qui n'est pas successible du défunt,* qui par conséquent n'a pas d'autre titre que la cession pour figurer au partage. Le cessionnaire non successible peut d'ailleurs être écarté, quand même il serait parent du défunt ; car, à supposer que cette qualité soit une garantie contre la divulgation des secrets de famille, elle

n'en est pas une contre l'avarice et la dureté du spéculateur. Mais on comprend que le retrait successoral ne puisse pas être exercé contre le cessionnaire qui est en même temps successible du défunt : on ne réussirait pas en effet par ce moyen à l'écarter du partage, puisqu'il a le droit d'y figurer en sa qualité de successible. — En un mot, peut être écarté le cessionnaire *non successible ;* ne peut pas être écarté le cessionnaire *successible.*

Du reste le mot *successible,* est pris ici par la loi *lato sensu,* de même que le mot *cohéritier,* et désigne par conséquent, comme cette dernière expression, toute personne qui succède au défunt *in universum jus,* tout successeur universel en un mot. De là il résulte que le retrait successoral ne pourrait pas être exercé contre un successeur irrégulier ou un légataire à titre universel cessionnaires de droits successifs. Il pourrait être exercé au contraire à raison d'une cession de droits successifs faite au conjoint d'un des cohéritiers, ou à un héritier qui a renoncé pour s'en tenir à son don (arg. art. 785), ou à un légataire particulier (Rennes, 15 janvier 1880, Sir., 81. 2. 185).

Quand une cession de droits successifs satisfait aux quatre conditions qui viennent d'être indiquées, le retrait successoral peut être exercé contre le cessionnaire soit avant le partage, soit au cours des opérations qu'il entraîne et jusqu'à sa conclusion définitive. A moins cependant que ceux auxquels appartient le retrait n'aient renoncé expressément ou tacitement au droit de l'exercer : ce qui serait une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par les juges.

2. *Des personnes admises à exercer le retrait successoral.*

236. La faculté d'exercer le retrait successoral compète à tout *cohéritier* du cédant, à toute personne par conséquent qui ne pourrait pas être écartée par l'exercice du retrait, si elle était cessionnaire.

Ici encore le mot *cohéritier* désigne toute personne qui succède au défunt à titre universel, donc non seulement les héritiers légitimes, mais aussi les successeurs irréguliers et les donataires ou légataires à titre universel. La jurisprudence est en ce sens.

237. Le retrait successoral peut être exercé, « soit par tous les » cohéritiers [du cédant], soit par un seul ».

Si les cohéritiers agissent de concert pour exercer le retrait successoral, ils s'en partageront les bénéfices et les charges. Dans quelles proportions ? Sera-ce proportionnellement aux parts héréditaires, ou par tête ? Nous préférerions ce dernier sentiment. De quelle importance peut être ici le montant de la part héréditaire, puisque chaque cohéritier a le droit d'exercer le retrait pour le tout ?

Si un seul des cohéritiers a exercé le retrait, il n'est pas obligé d'en communiquer le profit à ses cohéritiers. Il a le droit de leur dire : « J'ai exercé le retrait pour mon compte exclusif, ainsi que j'en avais le droit. Si l'opération avait été désavantageuse, je n'aurais pas pu vous forcer à supporter votre part dans la perte ; réciproquement, l'opération ayant été fructueuse, vous n'avez pas le droit d'exiger votre part du gain ». Mais on conçoit que l'un des cohéritiers ne peut tenir ce langage que lorsque le retrait constitue un fait accompli. Jusque-là il n'y a pas encore de droit

acquis en sa faveur, et les autres cohéritiers peuvent utilement demander à participer au retrait. On admet généralement, mais il y a de graves dissidences sur ce point, que le retrait n'est consommé que par le consentement du cessionnaire ou par un jugement définitif rendu contre lui, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que le prix de la cession ait été remboursé.

3. *Des prestations à accomplir pour l'exercice du retrait.*

238. Le retrait successoral constituant une expropriation pour cause d'utilité privée, c'est bien le moins que celui qui le subit soit rendu complètement indemne. Le retrayant devra donc rembourser au retrayé :

1° *Le prix de la cession* (art. 841 *in fine*).

Entendez le prix *réel,* comme le dit en matière de retrait litigieux l'art. 1699. Si donc le prix de la cession avait été frauduleusement exagéré dans l'acte de cession, en vue d'entraver l'exercice du retrait, il n'y aurait lieu qu'au remboursement du prix véritable. C'est ce qu'a décidé la cour de Paris dans une espèce où l'acte portait à 60,000 fr. le prix d'une cession faite en réalité moyennant 1,930 fr. L'exagération pourrait être prouvée par tous les moyens possibles, même par témoins et par de simples présomptions. C'est le droit commun en matière de fraude.

Si le cessionnaire s'est engagé à donner au cédant comme prix de la cession une chose non fongible, par exemple un immeuble, le retrayant devra en rembourser la valeur.

Si le prix de la cession consiste en une rente, le retrayant, suivant l'opinion générale, devra rembourser au retrayé les arrérages déjà payés par lui, et se chargera pour l'avenir du service de la rente. Au cas particulier où le prix de la cession consisterait en une rente viagère déjà éteinte par la mort du crédi-rentier au moment où le retrait est exercé, le retrayant serait quitte en remboursant les arrérages courus jusqu'au décès du crédi-rentier (Chambéry, 12 février 1878, Sir., 79. 2. 332).

* On décide aussi que, si le cessionnaire a stipulé un terme pour le paiement du prix de la cession, le retrayant jouira de ce terme pour le remboursement du prix promis; et, pour que le retrayé n'ait pas à subir les conséquences de l'insolvabilité possible du retrayant, on lui donne le droit d'exiger une caution solvable. A quoi M. Laurent objecte avec raison qu'une caution ne peut être exigée qu'en vertu d'un texte. On éviterait cette difficulté, et bien d'autres encore, en admettant que l'indemnité à payer au cessionnaire doit être *préalable.* Il en est ainsi en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 545); ne doit-il pas en être de même *a fortiori* pour le retrait successoral, qui est une expropriation pour cause d'utilité privée ? On pourrait appliquer ce principe même au cas où la cession a été faite moyennant une rente viagère, en évaluant le capital de cette rente.

2° *Les frais et loyaux coûts du contrat* (arg. art. 1699), c'est-à-dire les honoraires du notaire qui a reçu la cession et les droits d'enregistrement payés par le cessionnaire.

* Toutefois, comme le cessionnaire n'a droit qu'au remboursement des LOYAUX *coûts,* on doit en conclure que, si le prix de la cession a été frauduleusement exagéré dans l'acte de cession, le cessionnaire ne pourra pas exiger le remboursement de tous les droits d'enregistrement qu'il a payés, mais seulement de ceux qu'il aurait payés si l'acte avait indiqué le prix véritable de la cession.

3° *Les intérêts du prix de la cession* à dater du jour du paiement fait par le cessionnaire (arg. art. 1699).

4. Effet du retrait exercé.

239. Le retrayant, d'après la définition de Pothier, prend pour son compte le marché fait par le cessionnaire, et devient acheteur à sa place. Il est donc *subrogé* aux droits du cessionnaire. D'où le nom *d'action en subrogation,* qu'on employait dans notre ancien droit et que la doctrine moderne emploie quelquefois encore pour désigner l'institution qui nous occupe.

Le retrait successoral, on le voit, produit par rapport au retrayé l'effet d'une condition résolutoire accomplie. *Perinde habetur ac si non emisset a venditore,* dit Dumoulin. Il en résulte notamment que les aliénations, consenties par le cessionnaire relativement aux biens héréditaires, et les actes équivalents, c'est-à-dire les constitutions de droits réels, doivent être considérés comme non avenus.

* Toutefois, c'est seulement entre le retrayant et le retrayé que la cession est anéantie. Le retrait successoral demeure complètement étranger aux relations du cédant et du cessionnaire. Par rapport au cédant, il est *res inter alios acta;* on ne peut donc pas le lui opposer, de même qu'en sens inverse il ne peut pas s'en prévaloir. De là il résulte notamment que, si le prix de la cession n'est pas encore payé, le cessionnaire en reste débiteur envers le cédant, sans pouvoir forcer celui-ci à accepter le retrayant comme débiteur en son lieu et place. « Le vendeur, dit Pothier, n'est pas obligé, quelque caution qu'on lui offre, d'accepter le retrayant comme débiteur à la place de l'acheteur ». Ce n'est qu'une application de ce principe qu'un créancier ne peut pas être forcé de changer de débiteur malgré lui. La jurisprudence est en ce sens ; il y a des dissidences dans la doctrine.

SECTION II

DES RAPPORTS

*** 240. Historique.** — L'institution du rapport tire son origine du droit romain. A une certaine époque, le préteur appela les enfants émancipés à succéder concurremment avec les enfants demeurés sous puissance; mais il leur imposa l'obligation de verser dans la masse héréditaire les biens par eux acquis *à la faveur de l'émancipation,* biens dont l'acquisition aurait profité au père de famille s'ils n'étaient pas sortis de sa puissance. C'était justice : car autrement les enfants émancipés auraient été traités plus favorablement que les enfants restés sous puissance, puisque certaines acquisitions faites par ces derniers auraient enrichi la masse commune, tandis que des acquisitions de même nature faites par les premiers en auraient été exclues. Aussi Ulpien dit-il, au début du titre consacré à cette matière : « *Hic titulus manifestam habet æquitatem* » (l. 1, D. *De collat.,* XXXVII, 6).

Le versement, ainsi fait par les enfants émancipés, était un *apport* plutôt qu'un *rapport.* Nous ne retracerons pas l'historique des transformations successives, à la suite desquelles se dégagea l'idée du *rapport* telle que nous la concevons aujourd'hui, comme institution ayant pour but d'établir l'égalité entre plusieurs successibles dont un ou quelques-uns ont été avantagés par le défunt. Nous nous bornerons à dire que, d'après les constitutions impériales, le rapport n'avait lieu que dans les successions déférées aux descendants, *inter fratres;* qu'il ne s'appliquait qu'aux dons entre vifs, jamais aux legs; que le disposant pouvait en affranchir le donataire par une déclaration expresse; et qu'enfin le donataire pouvait s'y soustraire en renonçant à la succession.

Dans notre ancienne jurisprudence, les pays de droit écrit adoptèrent les principes de la législation romaine sur la *collatio*.

Quant à la législation des pays coutumiers, elle présentait sur cette matière une extrême diversité. La plupart des coutumes cependant s'accordaient sur les deux points suivants : 1° le rapport des *dons entre vifs* n'était imposé qu'aux *descendants* venant à la succession de leurs ascendants ; il n'avait pas lieu dans les successions déférées aux collatéraux, ni même, suivant l'opinion générale, dans celles déférées aux ascendants ; 2° le rapport des *donations testamentaires* ou *legs* avait lieu dans toutes les successions, même collatérales, ou pour mieux dire tout héritier, même collatéral, ne pouvait réclamer à la fois sa part héréditaire et le montant du legs qui lui avait été fait par le défunt : il y avait incompatibilité entre la qualité d'héritier et celle de légataire. « Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble », disait l'art. 300 de la coutume de Paris.

Sur le point de savoir si l'héritier obligé au rapport pouvait en être dispensé par la volonté du disposant ou s'y soustraire par le moyen d'une renonciation, les coutumes se divisaient en trois classes principales :

1° *Coutumes d'égalité parfaite* (il n'y en avait que cinq), d'après lesquelles l'héritier obligé au rapport ne pouvait ni en être dispensé par la volonté du disposant, ni s'y soustraire en renonçant. Selon Pothier, ces coutumes étaient les plus conformes aux traditions du vieux droit coutumier.

2° *Coutumes de simple égalité ou d'option.* C'étaient les plus nombreuses ; celles de Paris et d'Orléans rentraient dans cette catégorie. Elles ne permettaient pas au disposant d'affranchir le donataire de l'obligation du rapport, de manière qu'il pût cumuler son don avec sa part héréditaire ; mais elles autorisaient le donataire à se soustraire au rapport en renonçant à la succession. Elles accordaient donc au successible donataire le *choix* entre la qualité d'héritier et celle de donataire, et c'est pourquoi on les appelait quelquefois *coutumes d'option*.

3° *Coutumes de préciput,* d'après lesquelles l'obligation du rapport cessait, soit par la renonciation du successible, soit par une dispense émanée de l'auteur de la disposition. C'est le système de ces coutumes qui a passé en grande partie dans notre code civil.

La loi du 17 nivôse de l'an II (art. 9 et 16) maintient l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. Inspirée par d'autres idées, qui furent aussi celles des rédacteurs du code civil, la loi du 4 germinal an VIII (art. 5), assimile, au point de vue qui nous occupe, les dispositions testamentaires aux dispositions entre vifs et applique aux unes et aux autres le système des coutumes de préciput.

241. Définition. — Le rapport est une institution qui a pour but d'établir l'égalité entre plusieurs héritiers venant à une même succession, en obligeant ceux qui sont donataires du défunt à remettre dans la masse le montant de leur don, et en privant ceux qui sont légataires du droit de réclamer le montant de leur legs (art. 843). Toujours dans ce même but d'égalité, la loi oblige aussi l'héritier débiteur du défunt à rapporter à la succession le montant de sa dette (art. 829).

Le rapport s'applique donc aux dons entre vifs, aux legs et aux dettes. Et toutefois, si le mot *rapport* désigne très exactement le fait de l'héritier *donataire* ou *débiteur* du défunt, remettant réellement ou fictivement dans la succession le *montant* de son don ou de sa dette, il paraît tout à fait impropre, quand on l'applique à l'héritier légataire

pour exprimer cette idée qu'il ne peut réclamer le montant de son legs; car le legs est alors laissé dans la succession bien plutôt que *rapporté*. Le législateur emploie cependant le mot *rapport* même dans cette dernière hypothèse, et la doctrine l'imite sur ce point *brevitatis causa*. Voyez notamment les art. 844, 847 et 849 et même l'art. 843, qui nous parlent de legs faits *avec dispense du rapport :* ce qui implique qu'ils devraient être *rapportés* en l'absence de cette dispense.

Nous traiterons dans deux paragraphes distincts : 1° du rapport des dons et des legs; 2° du rapport des dettes.

§ I. *Rapport des dons et des legs.*

242. L'héritier, qui vient à une succession concurremment avec d'autres héritiers, ne peut pas, en principe, cumuler avec sa part héréditaire le montant des donations entre vifs ou testamentaires qui lui ont été faites par le défunt; il doit en effet *rapporter* à la succession son don ou son legs, c'est-à-dire remettre dans la masse héréditaire ce qui lui a été donné ou y laisser ce qui lui a été légué; de sorte qu'il n'obtiendra pas en définitive plus que ses cohéritiers. Le rapport établira ainsi entre les héritiers l'égalité la plus parfaite; c'est précisément dans ce but qu'il a été institué.

Toutefois, l'égalité entre cohéritiers et l'obligation du rapport qui en est la sanction n'ont pas d'autre fondement rationnel que la volonté présumée du défunt. La loi veut l'égalité entre héritiers, et les soumet dans ce but au rapport, parce qu'elle suppose que le défunt l'a ainsi voulu. L'obligation du rapport devait donc cesser, lorsque le *de cujus* a manifesté la volonté d'en dispenser celui de ses successibles auquel il a fait la donation ou le legs. Et cependant la loi ne se contente pas d'une manifestation quelconque de volonté; elle exige une manifestation *expresse* (art. 843). La formule la plus usitée consiste à dire que le don ou le legs est fait *par préciput et hors part*, ou bien encore *avec dispense du rapport*. D'ailleurs, quelque formelle qu'elle soit, cette dispense ne peut produire effet que dans les limites de la *quotité disponible*, c'est-à-dire de la portion de ses biens dont le défunt avait la libre disposition. En d'autres termes, l'héritier dispensé du rapport est autorisé à cumuler le montant de son don ou de son legs avec sa part héréditaire; mais ce cumul ne peut en aucun cas porter atteinte au droit de réserve des autres héritiers.

D'un autre côté, l'égalité n'ayant sa raison d'être qu'entre les héritiers qui viennent à la succession, il ne peut plus être question de soumettre au rapport ceux qui y ont rononcé. L'héritier qui renonce pourra donc conserver son don ou réclamer son legs, mais toujours dans les limites seulement de la quotité disponible.

Tout ce que nous venons de dire est contenu en substance dans les art. 843 à 845, ainsi conçus :

Art. 843. *Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre-vifs, directement ou indirectement : il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport.*

Art. 844. *Dans le cas même où les dons et legs auraient été faits par préciput ou avec dispense du rapport, l'héritier venant à partage ne peut les retenir que jusqu'à concurrence de la quotité disponible : l'excédant est sujet à rapport.*

Art. 845. *L'héritier qui renonce à la succession, peut cependant retenir le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible.*

243. Nous avons dit que le rapport n'a pas d'autre fondement rationnel que la volonté présumée du défunt. Cela posé, il est tout simple que notre code ait soumis les dons entre vifs à la loi du rapport. On peut facilement supposer qu'en faisant un don de cette nature à l'un de ses héritiers présomptifs, à l'occasion de son mariage le plus souvent, le *de cujus* n'a pas eu l'intention de l'avantager en définitive au préjudice des autres, qu'il se proposait sans doute de traiter de la même manière à la première occasion ; vraisemblablement il n'a entendu faire qu'un *avancement d'hoirie,* c'est-à-dire une avance sur sa succession future : cette supposition est surtout très rationnelle, lorsqu'il s'agit d'une donation faite par un ascendant à son descendant. La loi ne fait donc que se conformer à l'intention probable du défunt en obligeant le successible donataire au rapport de ce qu'il a reçu. D'ailleurs l'obligation du rapport n'a pas pour résultat de rendre la donation inutile pour le successible ; en effet il conservera le profit que lui a procuré la jouissance du bien donné jusqu'à l'ouverture de la succession (art. 856).

Mais il n'est pas aussi facile d'expliquer l'obligation du rapport en tant qu'elle s'applique aux legs ; car, en forçant l'héritier légataire à rapporter son legs, ou mieux, en lui interdisant le droit de le réclamer quand il vient à la succession, il semble qu'on fasse disparaître toute l'utilité de la disposition. Le légataire en effet, à la différence du donataire, n'a pas eu la jouissance du bien légué avant l'ouverture de la succession ; lui enlever le droit de réclamer son legs, c'est donc neutraliser complètement la disposition. Est-ce là ce qu'a voulu le testateur ?

Il est vrai que l'héritier légataire peut conserver le montant de son legs en renon-

çant. Mais le droit qu'on lui reconnaît d'opter entre sa part héréditaire, à laquelle il aura droit s'il accepte, et le montant de son legs, qu'il pourra réclamer s'il renonce, ne présentera pour lui quelque avantage que lorsque le legs sera au moins égal au montant de sa part héréditaire : ce qui n'arrivera pas ordinairement. Il faut bien supposer que le testateur a quelque bon sens. Quand il lègue 5,000 fr. à un de ses héritiers présomptifs, dont la part héréditaire doit être de 25,000 fr. s'il accepte, son intention ne peut pas être de dire à ce successible : « Choisissez entre un legs de 5,000 fr., auquel vous aurez droit si vous renoncez à ma succession, et une part héréditaire de 25,000 fr., à laquelle vous aurez droit si vous acceptez ».

Il est vrai encore que le rapport des legs, étant soumis, d'après l'opinion générale, aux mêmes règles que le rapport des dons entre vifs, pourra *dans certains cas* être effectué en moins prenant : ce qui permettra quelquefois à l'héritier légataire d'obtenir la chose léguée en nature, sauf à la précompter sur sa part. Mais, outre que ce droit n'appartiendra pas toujours au légataire, c'est là un mince avantage, et il est difficile de croire que le legs ait été fait en vue de le procurer au légataire.

En somme, dans la grande majorité des cas, on ne peut guère donner à la disposition testamentaire, faite au profit de l'un des héritiers par le défunt, un sens raisonnable, si on ne la considère pas comme faite par préciput et hors part; et il faut reconnaître que la loi, en obligeant l'héritier légataire au rapport, s'est mise en opposition avec la volonté probable du défunt, qui seule peut servir de fondement rationnel au rapport.

244. Nous aurons à étudier successivement : 1° qui doit le rapport; 2° à qui le rapport est dû; 3° quels dons et quels legs sont rapportables; 4° la dispense du rapport; 5° comment s'effectue le rapport et quels en sont les effets.

N° 1. Qui doit le rapport.

245. Principe. — Tout héritier, qui est en même temps donataire ou légataire du défunt, doit en principe le rapport (art. 843). Deux conditions sont donc exigées pour qu'on soit tenu du rapport; il faut : 1° être héritier du défunt ; 2° être son donataire ou son légataire.

Première condition. *Il faut être héritier.* — La loi dit : « Tout héri» tier... *venant à une succession* ». Il ne suffit donc pas d'être appelé à la succession pour être tenu du rapport ; il faut encore y venir, c'est-à-dire l'accepter; il faut *être héritier*.

Bien entendu, il faut être héritier de celui dont on est donataire ou légataire; car, aux termes de l'art. 850 : « *Le rapport ne se fait qu'à la* » *succession du donateur* ». Ainsi le petit-fils, donataire de son aïeul, ne sera pas tenu de rapporter son don à la succession de son père, alors même que celui-ci aurait recueilli la succession de l'aïeul donateur.

Peu importe d'ailleurs que l'héritier accepte la succession purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire; la loi dit : « Tout héritier, *même bénéficiaire* ». Et en effet l'héritier bénéficiaire est un héritier véritable. D'autre part, le rapport est affaire *entre cohéritiers* (art. 857) ; or le bénéfice d'inventaire n'apporte aucune modification à

la situation respective des héritiers les uns à l'égard des autres, puisqu'il ne produit d'effet que dans les relations de l'héritier avec les créanciers et les légataires. L'héritier bénéficiaire devait donc être soumis au rapport, comme l'héritier pur et simple. Il ne peut même pas s'en affranchir, en faisant aux créanciers et aux légataires l'abandon autorisé par l'art. 802. Lebrun enseignait le contraire ; mais Pothier combattait son opinion, en se fondant sur ce que « l'obligation du rapport n'est pas une obligation de la succession, mais une obligation propre de l'héritier ».

Enfin, la loi ne distinguant pas, le rapport serait dû par tout héritier, qu'il appartienne à l'ordre des descendants, à celui des ascendants ou à celui des collatéraux.

Les successeurs irréguliers sont-ils soumis au rapport comme les héritiers légitimes? Pour les enfants naturels il n'y a pas de doute : l'art. 760 les astreint à un véritable rapport, sous le nom d'*imputation*. La question fait difficulté pour les père et mère naturels et pour les frères et sœurs naturels. Au point de vue rationnel, on ne voit guère de bons motifs pour les affranchir du rapport, dont la loi semble faire une règle aussi générale que possible, puisqu'elle l'admet même dans les successions déférées aux collatéraux les plus éloignés ; dès lors on peut facilement admettre que les successeurs dont il s'agit sont compris sous la dénomination d'*héritiers* qu'emploie l'art. 843. Nous avons vu (*supra* n. 103) que cette expression est souvent prise dans les textes avec un sens très général.

Mais, toute personne qui n'a pas la qualité d'héritier, n'est pas soumise au rapport. Ainsi un légataire à titre universel, venant à la succession en concours avec d'autres légataires ou avec des héritiers, ne leur devrait pas le rapport des dons entre vifs qu'il aurait reçus du défunt.

Deuxième condition. *Il faut être donataire ou légataire du défunt.* — D'ailleurs il n'y pas à considérer la date de la disposition. Un héritier devrait donc le rapport, même des dons ou des legs qui lui auraient été faits à une époque où il n'avait pas encore la qualité de successible, parce qu'il était précédé par des parents plus proches. L'art. 846 dit à ce sujet : « *Le donataire qui n'était pas héritier présomptif lors de la donation, mais qui se trouve successible au jour de l'ouverture de la succession, doit également le rapport, à moins que le donateur ne l'en ait dispensé* ». Le disposant a fort bien pu avoir l'intention, en faisant la donation, d'assujettir le donataire au rapport pour le cas où il serait plus tard appelé à sa succession, et l'obligation du rapport se trouve ainsi justifiée, même dans ce cas.

246. Conséquences. — Du principe que le rapport n'est dû que par celui qui est à la fois héritier et donataire ou légataire du défunt, résultent deux conséquences.

Première conséquence. — Elle nous est déjà connue. L'héritier qui renonce à la succession n'est pas tenu du rapport; il est en effet censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Aussi l'art. 845 l'autorise-t-il à

retenir le don entre vifs ou à réclamer le legs qui lui a été fait, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et il ajoute : « l'excédent est » sujet à *rapport* ». Nous verrons, sous l'art. 924, s'il n'aurait pas plutôt fallu dire, comme le prétendent la plupart des auteurs : l'excédent est sujet à *réduction*.

Deuxième conséquence. — A la différence de ce qui avait lieu dans notre ancien droit, qui admettait dans certains cas le *rapport pour autrui*, un héritier n'est pas tenu du rapport de ce qui a été donné par le défunt à une autre personne que lui-même, fût-ce à son fils, à son père ou à sa mère, ou à son conjoint. En effet la qualité d'héritier et celle de donataire appartiennent alors à deux personnes différentes : c'est moi qui suis héritier; c'est mon fils, mon père ou ma mère, ou mon conjoint qui est donataire; donc le rapport n'est pas dû. Cependant celui qui vient à une succession par représentation doit le rapport de ce qui a été donné par le défunt au représenté; car le représentant, exerçant les droits du représenté, doit satisfaire à ses obligations par rapport à la succession dont il s'agit.

C'est ce que disent, en termes assez peu satisfaisants d'ailleurs, les art. 847, 848 et 849, ainsi conçus :

Art. 847. *Les dons et legs faits au fils de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession, sont toujours réputés faits avec dispense du rapport. Le père venant à la succession du donateur n'est pas tenu de les rapporter.*

Art. 848. *Pareillement, le fils venant de son chef à la succession du donateur, n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, même quand il aurait accepté la succession de celui-ci : mais si le fils ne vient que par représentation, il doit rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession.*

Art. 849. *Les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible sont réputés faits avec dispense du rapport. — Si les dons et legs sont faits conjointement à deux époux, dont l'un seulement est successible, celui-ci en rapporte la moitié; si les dons sont faits à l'époux successible, il les rapporte en entier.*

247. La plupart de nos anciennes coutumes tenaient pour non avenue la dispense de rapport accordée par le *de cujus* à l'un de ses successibles. La pratique avait imaginé mille moyens pour éluder cette prohibition qui gênait la liberté des disposants. Un des plus usités était l'interposition de personne : le disposant faisait la libéralité à un intermédiaire, donataire apparent, avec charge de la restituer au successible qu'il voulait avantager et qui était le donataire véritable. Celui-ci se trouvait donc en fait dispensé du rapport, puisqu'il était donataire sans le paraître ; à moins que la fraude ne fût découverte : ce qui était rare. Mais on conçoit que ce rôle d'intermédiaire ne pouvait être confié qu'à une personne offrant pleine sécurité. On choisissait ordinairement pour le remplir le conjoint du successible ou un de ses plus proches parents, son père ou son fils. Tel étant l'usage constant des disposants qui voulaient éluder la prohibition des coutumes, on en était arrivé à considérer toute disposition, faite par le défunt au profit du père, du fils ou du conjoint d'un de ses successibles, comme s'adressant à ce successible lui-même, et en conséquence on obligeait celui-ci à en effectuer le rapport comme s'il était donataire direct. En un mot, le père, le fils ou le conjoint d'un successible étaient présumés de droit personnes interposées par rapport à lui.

Une semblable présomption, et l'obligation du *rapport pour autrui* qui en était la conséquence, n'avaient plus aucune raison d'être sous l'empire d'une législation, qui, comme celle de notre code civil, autorise la dispense du rapport. Pourquoi supposer que le *de cujus,* qui veut accorder cette dispense à l'un de ses successibles, prendra la voie détournée de l'interposition de personne, au lieu d'agir ouvertement comme la loi le lui permet? Il fallait donc abandonner la tradition de notre ancien droit en ce qui concerne le *rapport pour autrui.* C'est ce qu'a fait notre législateur. Le projet exprimait en termes très nets sa volonté à cet égard. Il contenait deux articles ainsi conçus : « L'héritier n'est tenu de rapporter que le legs qui » lui a été fait personnellement » (art. 162); « Le père ne rapporte pas le don fait » à son fils non successible » (art. 163). Et les art. 847 à 849, qui ont passé dans la rédaction définitive de la loi, n'ont pas d'autre signification. Il est vrai qu'en déclarant que les dons et legs faits au fils du successible ou à son conjoint sont *réputés faits avec dispense du rapport,* les art. 847 et 849 semblent exprimer cette idée que ces dons ou legs sont considérés, en vertu d'une présomption légale, comme s'adressant au successible lui-même (car, s'ils ne s'adressaient pas à lui, il serait inutile de les dispenser du rapport), mais que le successible n'en devra pas le rapport parce que le détour pris par le disposant prouve qu'il a eu l'intention de l'en dispenser. La loi admettrait donc dans ce cas une dispense tacite du rapport, par exception à la règle qui exige une dispense expresse (art. 843). En d'autres termes, nos articles établiraient ici, à l'imitation de nos anciennes coutumes, une présomption légale d'interposition de personne, mais sans accepter la conséquence qu'elles avaient déduite de cette présomption en obligeant le successible au rapport.

Ce serait là un système si singulier qu'il paraît difficile de le prêter au législateur. D'autant plus que la discussion, à la suite de laquelle le projet primitif a été modifié, ne laisse nullement supposer qu'on ait abandonné la première idée si nettement exprimée dans les articles du projet cités tout à l'heure. On l'a seulement formulée d'une manière différente pour donner satisfaction à une observation, de très peu de portée, faite par Tronchet. Il est remarquable d'ailleurs que l'art. 848 n'emploie pas la même formule que les art. 847 et 849, ce qui prouve que le législateur n'y a pas attaché grande importance; il dit simplement : « Pareillement le » fils..... n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père ». C'est la formule du texte primitif du projet, et le mot *Pareillement,* par lequel débute l'art. 848, permet bien de considérer la formule différente de l'art. 847, et par suite aussi celle de l'art. 849, comme n'en étant qu'une variante.

En tout cas, quand même il faudrait admettre, contrairement à toute vraisemblance, que nos articles dispensent du rapport des libéralités, qu'ils considèrent comme faites au successible par personne interposée, ce ne serait pas une raison pour décider, comme le font quelques auteurs, que toute libéralité faite à un successible par personne interposée doit par cela même être considérée comme dispensée du rapport. Que telle ait pu être l'intention du disposant, en prenant ce détour, c'est possible, sans être certain cependant; car il a peut-être voulu seulement dissimuler pour le moment la libéralité, afin de ne pas exciter la jalousie de ses autres héritiers présomptifs. D'ailleurs, quand même l'intention serait certaine, il importerait peu; car la loi n'admet en principe que la dispense *expresse* du rapport, et, à supposer qu'elle admette une dispense tacite dans les cas prévus par les art. 847 à 849 ce serait une exception à la règle, qui ne devrait pas être étendue d'un cas à un autre.

248. Le texte de nos trois articles donne lieu à quelques observations particulières.

Ce que les art. 847 et 848 disent du *père* s'appliquerait évidemment à la *mère;* ce qu'ils disent du *fils,* à la *fille.*

D'après l'art. 848, le fils du donataire, qui vient *de son chef* à la succession du donateur, n'est pas tenu de rapporter à cette succession le don fait à son père. La raison en est, nous l'avons déjà dit, que la qualité d'héritier et celle de donataire appartiennent ici à deux personnes différentes : c'est le père qui est donataire, c'est le fils qui est héritier. L'article ajoute que le rapport n'est pas dû, *alors même que le fils du donataire aurait accepté la succession de celui-ci.* Il est vrai qu'en pareil cas le fils du donataire aura peut-être recueilli le bien donné dans la succession de celui-ci, et qu'il se trouvera ainsi en possession de ce bien au moment où il viendra à la succession du donateur ; mais il n'en est pas *donataire* pour cela : il le détient comme ayant cause du donataire et non comme ayant cause du donateur, il n'en doit donc pas le rapport. Au contraire, le fils du donataire doit le rapport de ce qui a été donné à son père, s'il vient *par représentation de celui-ci* à la succession du donateur. En effet, le représentant, exerçant les droits du représenté, doit être aussi tenu de ses obligations relativement à la succession dont il s'agit; or, si le donataire était venu lui-même à la succession du donateur, il aurait dû le rapport de son don (*supra* n. 242). Cette circonstance que le fils du donataire aurait renoncé à la succession de celui-ci ne le libérerait même pas de l'obligation du rapport. Il est vrai que, dans cette hypothèse, le fils du donataire n'aura pas profité du bien donné ; mais peu importe ; car ce n'est pas parce qu'il profite des biens donnés qu'il est assujetti au rapport, c'est parce qu'il représente le donataire.

Si le représentant est obligé de venir occuper successivement plusieurs degrés pour arriver à la succession, il doit le rapport de tous les dons faits par le *de cujus* aux diverses personnes dont il emprunte les droits. Ainsi un arrière-petit-fils, venant à la succession de son bisaïeul par représentation de son aïeul et de son père prédécédés, doit le rapport des dons qui auraient été faits par le *de cujus* soit à l'un soit à l'autre.

Le représentant, qui est tenu du rapport des dons faits au représenté, est-il tenu aussi, et en outre, du rapport des dons qu'il a reçus personnellement du défunt ? L'affirmative n'est guère douteuse, bien que la question soit controversée. La fiction de la représentation n'empêche pas le représentant d'être héritier (*supra* n. 69); or *tout héritier* doit le rapport des dons qu'il a reçus du défunt (art. 843).

* En supposant que, parmi les héritiers appelés à la succession par représentation d'une même personne prédécédée, les uns acceptent, tandis que les autres renoncent, les premiers devront-ils rapporter la totalité de ce qui a été donné au représenté par le *de cujus,* ou seulement une part proportionnelle à leur portion héréditaire ? Ainsi un homme meurt, laissant un fils, et deux petits-fils issus d'un autre fils prédécédé à qui il avait donné par donation entre vifs 20,000 fr. Il est clair que, si les deux petits-fils viennent à la succession concurremment avec leur oncle par représentation de leur père prédécédé, ils devront rapporter à eux deux la totalité du don. Mais supposons que l'un des petits-fils renonce ; l'autre, qui vient seul par représentation du donataire, devra-t-il rapporter la totalité du don fait à celui-ci, ou seulement la moitié, soit 10,000 fr. ? Il devra le rapport de la totalité. En effet, par suite de la renonciation de son frère, le petit-fils, qui vient seul à la succession de son aïeul par représentation de son père, exerce pour le tout les droits de celui-ci dans ladite succession (arg. art. 785) ; il doit donc aussi satisfaire pour le tout aux obligations dont le représenté était tenu par rapport à la succession dont il s'agit. En d'autres termes, la renonciation de l'un des petits-fils du défunt fait acquérir sa part à l'autre par voie d'accroissement (arg. art. 785 et 786) ; mais, comme on l'a vu, l'accroissement a lieu *cum onere ;* la charge du rapport passera donc tout entière au petit-fils qui vient seul à la succession. En ce sens, Pau, 9 février 1885, Sir., 87. 2. 197.

* Enfin, en ce qui concerne l'art. 849, dont la disposition revient à dire que l'un

des conjoints n'est pas tenu de rapporter ce qui a été donné à l'autre, nous remarquerons que cette règle ne serait nullement modifiée par suite de cette circonstance, que le don fait à l'un des époux aurait profité à l'autre en vertu du régime matrimonial auquel ils sont soumis. Ainsi deux époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ; un don de 20,000 fr. est fait à la femme. Il tombe dans la communauté (arg. art. 1401-1°) ; par conséquent il profitera au mari, pour la moitié au moins, pour la totalité peut-être, si la femme renonce à la communauté. Cela n'empêchera pas que le mari, s'il vient à la succession du donateur, ne devra pas le rapport du don, même pour partie, et que la femme le devra pour la totalité, si c'est elle qui succède au donateur.

N° 2. A qui le rapport est dû.

249. Aux termes de l'art. 857 : « *Le rapport n'est dû que par le » cohéritier à son cohéritier ; il n'est pas dû aux légataires ni aux créan- » ciers de la succession* ».

Qui doit le rapport ? Le cohéritier. A qui le rapport est-il dû ? Au cohéritier. Il y a donc un lien intime entre les deux questions, puisqu'elles comportent la même réponse. C'est qu'en effet le rapport est affaire entre cohéritiers ; il constitue une loi qui leur est commune à tous, que chacun par conséquent peut invoquer, de même qu'il doit la subir. Nous savons donc à qui le rapport est dû, puisque nous savons qui le doit : ce sont deux faces d'une même question.

Ainsi le rapport peut être exigé, de même qu'il est dû, par tout *héritier,* c'est-à-dire par toute personne que la loi appelle à la succession ; et il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les héritiers purs et simples et les héritiers bénéficiaires. Ainsi encore le rapport peut être demandé, de même qu'il est dû, non seulement par les héritiers légitimes, mais aussi par les successeurs irréguliers, le mot *cohéritier* de l'art. 857 devant être entendu *lato sensu,* de même que le mot *héritier* de l'art. 843.

En sens inverse, le rapport ne peut pas être réclamé, de même qu'il n'est pas dû, par l'héritier renonçant ou indigne (arg. art. 785 et 857). Le rapport est un incident du partage, et il ne peut être demandé que par ceux qui viennent au partage. Le rapport ne serait pas dû non plus aux *légataires* ni aux *créanciers* de la succession (art. 857) ; ils ne peuvent pas plus le demander qu'ils ne sont obligés de le subir.

250. Nous disons en premier lieu que le rapport n'est pas dû aux *légataires.* Qu'ils ne puissent pas demander le rapport des dons entre vifs que le défunt a faits à ses successibles, cela est d'évidence. Les légataires ne peuvent prétendre qu'aux biens qui appartenaient au testateur lors de son décès, puisque c'est à ce moment que leur droit prend naissance ; or les biens donnés entre vifs soit aux héritiers, soit à d'autres, ne figuraient plus alors dans le patrimoine du défunt ; ils en étaient définitivement sortis pour lui, et par conséquent pour ses

légataires qui ne sont que ses ayant cause. Mais les légataires ne peuvent pas non plus demander aux héritiers le rapport des legs qui leur ont été faits par le défunt; en d'autres termes, les héritiers ne sont pas privés à l'égard des légataires étrangers, comme ils le sont dans leurs rapports entre eux, du droit de réclamer le montant de leurs legs.

* Est-ce à dire que les legs faits à l'un des héritiers seront payés par préférence aux legs faits à des étrangers ? Nullement. En cas d'insuffisance des biens héréditaires, tous les legs seront payés au marc le franc (art. 926); et, comme l'héritier légataire doit le rapport de son legs à son cohéritier, il devra laisser dans la masse de la succession, pour les partager avec ses cohéritiers, les sommes ou valeurs qui lui seront attribuées dans cette distribution proportionnelle. Ainsi le défunt laisse comme habiles à lui succéder trois frères germains ; à l'un, *Primus,* il a légué 50,000 fr. ; il a légué 50,000 fr. également à un étranger ; l'actif net de la succession s'élève à 50,000 fr. ; les trois héritiers acceptent sous bénéfice d'inventaire. Le légataire étranger ne pourra pas dire à *Primus :* « Aux termes de l'art. 843, vous devez le rapport de votre legs, c'est-à-dire que vous ne pouvez pas en réclamer le montant ; par suite je dois être payé de préférence à vous ». En effet un légataire ne peut pas demander le rapport à un héritier (art. 857). Les deux légataires seront donc payés par concurrence (art. 926), et ils obtiendront par conséquent chacun 25,000 fr. Maintenant, *Primus* pourra-t-il garder pour lui tout seul les 25,000 fr. qui lui sont ainsi attribués ? Non ; car il en doit le rapport à ses cohéritiers ; il devra donc les partager avec ses deux frères.

La règle que le rapport n'est pas dû aux légataires est absolue ; elle s'applique aux légataires universels ou à titre universel aussi bien qu'aux légataires à titre particulier.

Non seulement les légataires ne peuvent pas demander le rapport, mais ils ne peuvent pas en profiter quand il a été effectué ; il en est à cet égard du rapport comme de la réduction (art. 921).

251. En second lieu, le rapport, avons-nous dit, n'est pas dû *aux créanciers de la succession.* Ainsi le défunt laisse comme héritiers deux enfants, *Primus* et *Secundus;* à *Primus* il a donné par donation entre vifs un immeuble valant 20,000 fr., rien à *Secundus;* la succession ne comprend aucun actif, mais il y a un lourd passif; aussi les deux héritiers acceptent sous bénéfice d'inventaire. Les créanciers pourront-ils demander à *Primus* le rapport de son don ? Nullement. Ils ne pourront même pas profiter du rapport effectué sur la demande de *Secundus.* En effet le bien donné à *Primus* était définitivement sorti du patrimoine du défunt ; il avait donc cessé de faire partie du gage de ses créanciers, comme tout autre bien qu'il aurait aliéné, et, s'il rentre dans la succession par l'effet du rapport, c'est seulement en faveur des cohéritiers du donataire.

Ce dernier point demande quelques explications. Les créanciers ont un droit de gage général sur tous les biens qui appartiennent à leur débiteur (art. 2092), mais ils n'ont de droit que sur ces biens. Toute chose qui entre dans le patrimoine d'un débiteur devient immédiatement le gage de ses créanciers; mais en sens inverse toute chose qui en sort échappe à leur droit de gage, en supposant toutefois une

aliénation faite sans fraude. Les créanciers du défunt n'ont donc plus aucun droit aux biens, dont celui-ci a disposé par donation entre vifs soit au profit d'un de ses successibles, soit au profit de tout autre. Pour eux, comme pour leur débiteur, ces biens sont définitivement sortis du patrimoine de celui-ci, et, s'ils y rentrent par l'effet du rapport, c'est seulement en faveur des cohéritiers du donataire. Ainsi que le dit fort bien Pothier, « les biens rapportés ne sont plus de la succession, puisqu'ils n'appartenaient plus au défunt, étant définitivement sortis de son patrimoine ». Les créanciers du défunt ne peuvent donc élever sur eux aucune prétention; car ils n'ont droit que sur les biens composant le patrimoine de leur débiteur, c'est-à-dire sur les biens de la succession. Nous ne parlons que des créanciers chirographaires, les seuls dont il soit vrai de dire que leur droit de gage subit toutes les fluctuations du patrimoine de leur débiteur. Les créanciers hypothécaires sont armés d'un droit de suite, en vertu duquel ils peuvent poursuivre le bien qui leur est spécialement affecté, même après qu'il est sorti des mains du débiteur; et il en est de même des créanciers ayant privilège sur un immeuble.

La règle, que les créanciers de la succession ne peuvent pas demander le rapport ni en profiter quand il a été effectué, ne fait pas obstacle à ce que ces créanciers demandent à être payés sur les biens que le défunt a légués, même par préciput, à un ou plusieurs de ses héritiers. En formulant cette prétention, ils ne demandent pas le rapport, qui n'est pas nécessaire ici pour faire rentrer les biens dans la succession, puisqu'ils n'en sont pas sortis; ils invoquent seulement l'adage *Nemo liberalis nisi liberatus,* qui signifie qu'on n'a pas le droit d'être libéral aux dépens de ses créanciers, et que par conséquent les créanciers doivent être payés avant les légataires.

C'est seulement aux créanciers *de la succession,* c'est-à-dire aux créanciers du défunt, que l'art. 857 refuse le droit de réclamer le rapport. Cet article ne fait donc pas obstacle à ce que les créanciers personnels de l'héritier puissent le demander du chef de celui-ci, et ils auraient en effet ce droit par application de l'art. 1166. De là il résulte que les créanciers d'une succession *acceptée purement et simplement* peuvent demander le rapport; car cette acceptation les a rendus créanciers personnels des héritiers.

En définitive, on le voit, c'est seulement lorsque la succession sera acceptée sous bénéfice d'inventaire, que la disposition de l'art. 857 *in fine* pourra être opposée aux créanciers; car cette acceptation les réduit à leur titre de créanciers de la succession. Pothier formulait donc la règle d'une manière plus exacte que les auteurs du code, lorsqu'il disait : « Le rapport n'est pas dû aux créanciers de la succession *acceptée sous bénéfice d'inventaire* ».

N° 3. De quels dons et de quels legs le rapport est dû.

252. En principe, tous les dons et tous les legs, faits par le défunt à l'un de ses successibles, sont rapportables, à moins qu'ils ne soient dispensés du rapport (art. 843).

L'application de cette règle est fort simple en ce qui concerne les legs : qu'ils soient universels, à titre universel ou à titre particulier, considérables ou modiques, ils sont soumis au rapport dans tous les cas.

Notre proposition exige plus de développements relativement aux dons entre vifs. « *Tout héritier...* », dit l'art. 843, « *doit rapporter à ses* » *cohéritiers tout ce qu'il a* REÇU *du défunt, par donation entre-vifs,* DIREC- » TEMENT OU INDIRECTEMENT ». Notons d'abord que la loi n'oblige l'héritier à rapporter que ce qu'il a REÇU ; il ne serait donc pas tenu de rapporter ce qui lui a été seulement promis par le défunt à titre de don. Ainsi l'enfant venant à la succession de son père, ne doit pas le rapport de la dot, qui lui avait été constituée par celui-ci, mais qui n'avait pas encore été payée à l'époque de son décès. Comme le dit fort bien M. Demolombe, « rapporter c'est rendre, et on ne peut rendre que ce qu'on a reçu ».

Peu importe d'ailleurs la nature des biens donnés, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels; le rapport est dû dans tous les cas. Peu importe aussi que la donation ait été faite en vue de l'établissement du successible ou pour toute autre cause. On lit à ce sujet dans l'art. 851 : « *Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers, ou pour le paiement de ses dettes* ». Peu importe enfin le caractère de la donation; le rapport serait donc dû, même pour les donations *rémunératoires* et les donations *onéreuses; lex non distinguit.* On appelle *rémunératoires* les donations qui sont faites en récompense ou rémunération d'un service rendu, et *onéreuses,* celles qui sont faites sous certaines charges imposées au donataire.

Et toutefois les donations rémunératoires et les donations onéreuses ne seraient rapportables que jusqu'à concurrence de l'avantage qu'elles contiennent en réalité pour le donataire. Ainsi une donation de 20,000 fr., faite par le défunt à un de ses successibles, à titre de rémunération d'un service appréciable à prix d'argent et dont la valeur était de 5.000 fr., ou sous l'obligation de supporter une charge de 5,000 fr., par exemple de payer une dette du donateur qui s'élève à ce chiffre, ne sera rapportable que jusqu'à concurrence de 15,000 fr.; car, en réalité, le successible n'est *donataire* que de cette somme.

Enfin l'obligation du rapport s'applique aux libéralités indirectes comme aux libéralités directes (art. 843).

253. *Libéralités directes.* — On désigne sous ce nom les donations qui sont adressées directement et sans détour à la personne même que l'on veut gratifier; telles sont les donations faites par acte (art. 931) au gratifié lui-même.

Les donations manuelles, c'est-à-dire celles qui se font de la main à la main, sont aussi des libéralités directes. C'est dire qu'elles sont

rapportables. Mais la plupart du temps les cohéritiers du donataire, qui demandent le rapport de semblables donations, éprouveront de graves embarras pour en démontrer l'existence; car, non seulement il n'y a aucun écrit qui les constate, mais le plus souvent elles ont lieu en l'absence de témoins; ils en seront donc à peu près réduits à faire appel à la loyauté de leur adversaire, auquel ils pourront déférer le serment. Arg. art. 1358.

Les dons manuels seraient rapportables alors même qu'ils seraient modiques. A moins cependant qu'à raison même de leur modicité et des circonstances dans lesquelles ils ont été faits, ils ne pussent être considérés comme des *présents d'usage,* dispensés du rapport aux termes de l'art. 852.

D'après la jurisprudence de la cour de cassation, la dispense du rapport en ce qui concerne les dons manuels peut être tacite; le juge pourrait donc l'induire des circonstances de la cause. La disposition de l'art. 843, qui exige une dispense expresse du rapport, ne serait écrite qu'en vue des donations faites *par acte.* On concevrait difficilement, dit la cour suprême, qu'une donation, qui peut valablement être faite sans acte, ne pût être dispensée du rapport qu'en vertu d'une déclaration insérée dans un acte. Les donations manuelles sont un simple fait; au juge il appartient de l'apprécier et d'en déterminer la portée.

254. *Libéralités indirectes.* — Une libéralité indirecte est celle qui a lieu *per viam obliquam et indirectam.* Les voies détournées, par lesquelles une personne peut arriver à en gratifier une autre, sont extrêmement nombreuses, et il serait peut-être périlleux d'en entreprendre une énumération complète. Bornons-nous à indiquer les principales.

a. Il y a d'abord les libéralités indirectes résultant d'une interposition de personne. Le *de cujus,* au lieu de donner directement au successible qu'il entendait gratifier, a donné à un intermédiaire (personne interposée) à un prête-nom, avec charge de remettre le bien donné au successible. Les libéralités, faites à un successible par personne interposée, sont rapportables comme toute autre libéralité indirecte.

b. Doivent encore être rangés dans la catégorie des libéralités indirectes, et déclarés rapportables à ce titre, les avantages résultant d'une renonciation que le défunt a faite au profit d'un de ses successibles. Ainsi le *de cujus,* étant appelé à une succession ou à un legs conjointement avec l'un de ses héritiers présomptifs, y a renoncé pour en faire acquérir le bénéfice exclusif à cet héritier. Celui-ci a ainsi obtenu un avantage indirect, dont il doit le rapport.

En effet, par sa renonciation, le *de cujus* a fait sortir de son patrimoine, où la loi les avait fait entrer (art. 711), les biens dépendant de la succession ou du legs, et les a fait acquérir à son successible, non pas directement sans doute, mais du moins indirectement, en se retirant pour lui laisser la place libre. Il s'est donc appauvri, et il a enrichi son successible; il lui a fait un avantage, une donation

indirecte qui sera sujette à rapport. La jurisprudence est en ce sens (Cass., 1er mai 1876, Sir., 76. 1. 292; Limoges, 19 février 1884, Sir., 86. 2. 145); il y a quelques dissidences dans la doctrine.

Il faut cependant supposer qu'en renonçant à la succession ou au legs, le *de cujus* a eu l'intention de gratifier son successible; car, s'il était démontré qu'il a renoncé pour tout autre motif, par exemple parce qu'il croyait la succession mauvaise ou le legs grevé de charges dépassant sa valeur, on ne pourrait pas dire qu'il y a donation, la donation supposant nécessairement chez le disposant l'*animus donandi*.

c. Il y a encore libéralité indirecte, lorsque le *de cujus* a payé *donandi animo* les dettes de son successible; il l'a en effet enrichi d'autant à ses propres dépens. C'est l'hypothèse prévue par l'art. 851 *in fine*.

d. Enfin, il faut ranger dans la catégorie des donations indirectes, rapportables à ce titre, les profits retirés par le successible de contrats à titre onéreux par lui passés avec le défunt, et dans lesquels il a obtenu quelque avantage particulier qui aurait été vraisemblablement refusé à un étranger. On lit à ce sujet dans les art. 853 et 854 : « *Il en* » *est de même* [c'est-à-dire qu'il n'y a pas lieu au rapport] *des profits* » *que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces* » *conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été* » *faites* » (art 853). — « *Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les* » *associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers,* » *lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique* » (art. 854).

De ces deux textes résultent les quatre propositions suivantes :

1° Les contrats à titre onéreux sont permis entre une personne et ses héritiers présomptifs. Leur prohibition aurait engendré beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages.

2° Les contrats à titre onéreux, passés entre une personne et l'un de ses héritiers présomptifs, ne sont assujettis à aucune condition particulière de validité; à cet égard ils demeurent donc régis par le droit commun. Cette règle souffre cependant exception en ce qui concerne les associations. Pour produire le même effet qu'entre étrangers, l'association passée entre une personne et l'un de ses héritiers présomptifs doit être constatée *par un acte authentique*. Le contrat de société a particulièrement attiré l'attention du législateur, parce que, plus que tous les autres, il se prête à la fraude et aux avantages indirects. L'authenticité a pu paraître nécessaire ici pour empêcher les parties de substituer d'un commun accord un nouvel acte à celui qui aurait été primitivement dressé, dans le but de modifier les conditions de leur association.

A ce point de vue, et peut-être à d'autres encore, un acte sous seing privé, même enregistré, n'offrirait pas les mêmes garanties, et l'on ne doit pas admettre, ainsi que le font quelques auteurs, qu'il puisse remplacer ici l'acte authentique, fût-il publié et affiché dans les formes prescrites par les art. 55 à 65 de la loi du 24 juillet 1867. La jurisprudence est en ce sens.

3° Tout contrat à titre onéreux, passé entre une personne et l'un de ses héritiers présomptifs, produit les mêmes effets qu'entre étrangers, si, lors de sa formation, il ne présentait aucun avantage indirect au profit du successible. Cette condition se trouve remplie lorsque le *de cujus* a traité avec son successible comme il aurait

traité avec tout autre, sans lui accorder aucune faveur particulière. En pareil cas, le bénéfice que le successible a pu retirer du contrat n'est pas le résultat d'une situation privilégiée qui lui a été faite; il le doit au jeu naturel de la convention, et non à une libéralité du défunt. On comprend donc à merveille qu'il ne soit pas tenu de le rapporter à sa succession. Il en est sur ce point de l'association comme des autres contrats à titre onéreux : les mots *faites sans fraude* de l'art. 854 doivent être considérés comme synonymes des mots « si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect » qu'emploie l'article précédent, ainsi que cela paraît résulter du mot *Pareillement* par lequel débute l'art. 854 et qui indique qu'il se place dans le même ordre d'idées que l'article précédent. Et toutefois l'absence d'avantage indirect ne suffit pas pour que la société formée entre le *de cujus* et son successible produise tous ses effets ordinaires; il faut encore, comme nous venons de le dire, que les conditions en aient été réglées par un acte authentique.

4° Si un contrat à titre onéreux, passé entre le défunt et l'un de ses successibles, présentait au profit de celui-ci un avantage indirect, cet avantage sera rapportable. Ainsi le *de cujus* a vendu pour 20,000 fr. à l'un de ses héritiers présomptifs un immeuble qu'il aurait vendu 30,000 fr. à tout autre; le contrat contient au profit de l'héritier présomptif un avantage indirect de 10,000 fr., qui sera rapportable. Il en sera de même, si le *de cujus* lui a affermé pour dix ans et moyennant 4,000 fr. un immeuble qu'il aurait affermé 5,000 fr. à tout autre.

En outre, quand il s'agit d'une société, les bénéfices que le successible a pu en retirer sont rapportables, alors même que le contrat ne contenait aucun avantage indirect à son profit, si les conditions n'en ont pas été réglées par acte authentique, et sauf à déduire du bénéfice à rapporter une somme représentant la rémunération du travail du successible et l'intérêt des capitaux qu'il a engagés dans la société. La jurisprudence est en ce sens; il y a des dissentiments dans la doctrine.

255. Des contrats à titre onéreux contenant un avantage indirect, aux donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, la transition est insensible. Ainsi il n'y a pas beaucoup de différence entre le cas où le *de cujus* a vendu à un de ses successibles pour 1,000 fr. un immeuble qui en vaut 100,000, et celui où il lui a vendu ce même immeuble pour 100,000 fr. en lui donnant dans l'acte quittance du prix sans l'avoir touché. La donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, nous apparaît ainsi comme étant la puissance la plus élevée du contrat à titre onéreux contenant un avantage indirect, et semble à ce titre devoir être soumise *a fortiori* à la loi du rapport. Un parti important dans la doctrine soutient cependant que les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux ne sont pas rapportables. Mais l'argument qu'on tire en faveur de cette solution de l'art. 918, qui, dans un cas particulier, en effet, dispense du rapport une donation de ce genre, est loin d'être concluant; car la disposition dont il s'agit déroge au droit commun, d'après lequel toute donation directe ou indirecte est rapportable, et doit recevoir à ce titre l'interprétation restrictive; on ne saurait donc la généraliser. Moins concluant encore est l'argument qu'on tire de la volonté du donateur, révélée, dit-on, par le fait même du déguisement, de dispenser la donation du rapport. D'abord cette volonté n'est pas certaine; le donateur a pu se proposer un autre but en déguisant la donation, ne fût-ce que celui de diminuer pour le donataire les droits de mutation à payer au fisc. Et puis la meilleure preuve que le déguisement peut cacher une pensée autre que celle d'une dispense du rapport, c'est qu'on voit tous les jours des donations déguisées faites à des personnes pour lesquelles il ne saurait être question de dispense du rapport, parce qu'elles ne peuvent être appelées en aucun cas à succéder au donateur. D'ailleurs, la volonté du donateur fût-elle certaine, il faudrait encore dire qu'elle est impuissante, parce

qu'elle est manifestée tacitement et que la loi exige une dispense *expresse* du rapport (art. 845). Malgré ces raisons, la jurisprudence consacre la solution contraire.

N° 4. De la dispense du rapport.

256. L'obligation du rapport est fondée sur la volonté présumée du défunt, qui est considéré dans le doute comme ayant voulu que tous ses héritiers fussent traités en définitive sur le pied de la plus parfaite égalité. Cette obligation doit donc cesser, lorsque le *de cujus* a manifesté une volonté contraire à celle que la loi lui suppose, celle de *dispenser son successible du rapport.*

La dispense du rapport doit être *expresse* : « à moins que les dons » et legs ne lui aient été faits *expressément* par préciput et hors part, » ou avec dispense du rapport », dit l'art. 843 *in fine.* Cela ne suffit pas, il faut encore que la volonté du défunt soit *manifestée dans certaines formes* qu'indique l'art 919. La dispense du rapport est donc un acte solennel, comme la donation entre vifs ou testamentaire à laquelle elle se rattache et dont elle est une modalité. Telle est la règle. La loi y déroge dans certains cas exceptionnels, où elle admet une dispense tacite du rapport (art. 852 et 856). Par cela même et par cela seul qu'elles constituent des exceptions à la règle, ces dispositions doivent recevoir l'interprétation restrictive. On ne saurait donc les étendre en dehors des cas spéciaux qu'elles prévoient. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

La jurisprudence (Rouen, 12 février 1887, Sir., 88. 2. 42) et les auteurs ne sont pas toujours demeurés fidèles à cette règle d'interprétation. Nous reconnaissons volontiers qu'elle conduit dans bien des cas à soumettre au rapport des libéralités que le défunt a certainement voulu en dispenser. Mais il est préférable, après tout, d'aller contre la volonté d'un défunt que de violer la loi; or on la viole en admettant une dispense *tacite* ou *virtuelle* du rapport, qu'elle proscrit très formellement. A tort ou à raison, à tort croyons-nous, notre législateur exige une dispense *expresse* du rapport : il ne se contente pas d'une volonté *certaine* du défunt, il veut une volonté *exprimée.* Faisons des vœux pour qu'il modifie son œuvre sur ce point, mais ne la modifions pas nous-mêmes ! Ce droit n'appartient pas plus à l'interprète qu'au juge.

Et toutefois il ne faut rien exagérer. En formulant la règle, assez sévère déjà, qui exige que la dispense du rapport soit expresse, la loi n'a pas entendu imposer au disposant l'emploi de termes sacramentels; elle indique seulement les formules les plus usitées, qui consistent à dire que le don ou le legs est fait *par préciput et hors part,* ou bien encore *avec dispense du rapport.* Mais le disposant peut se servir d'autres termes, pourvu qu'ils expriment clairement sa volonté. Ainsi un testateur, après avoir fait un legs à un de ses héritiers présomptifs, ajoute qu'il *en cumulera le montant avec sa part héréditaire :* c'est dire en d'autres termes qu'il le dispense du rapport; car l'effet de cette dispense est précisément d'autoriser le cumul. Cpr. Cass., 28 juin 1882, Sir., 83. 1. 123.

En résumé, il faut et il suffit que la dispense du rapport soit *exprimée* dans des termes quelconques manifestant clairement la volonté du disposant, et dans un acte revêtu des formes prescrites par la loi. Mais le texte légal s'oppose à ce que l'on admette une dispense du rapport qui ne résulterait que des circonstances de la

cause, par exemple de l'affection toute particulière que le défunt portait à celui de ses successibles auquel il a fait la donation ou le legs, ou de la modicité du legs.

Nous savons que la dispense du rapport ne peut jamais avoir effet que dans les limites de la quotité disponible (art. 845).

257. Cas exceptionnels dans lesquels la loi admet une dispense tacite du rapport. — Ainsi que nous l'avons déjà dit, la loi aurait dû établir en principe que les legs sont présumés faits avec dispense du rapport : dans la plupart des cas, en effet, il n'est guère douteux que telle ait été la volonté du testateur, bien qu'il ne l'ait pas exprimée. Or, non seulement c'est la règle contraire, celle de la nécessité d'une dispense expresse, que la loi consacre ici, mais elle n'y apporte aucune exception, et par conséquent la règle demeure absolue. Il n'y a donc pas, en ce qui concerne les legs, de dispense tacite du rapport. Voyez toutefois *supra* n. 247.

Il n'en est pas de même pour les dons entre vifs. La règle qu'ils ne peuvent échapper à la loi du rapport qu'en vertu d'une dispense expresse, souffre deux exceptions qu'il nous faut étudier.

258. Première exception. — « *Les frais de nourriture, d'entretien,* » *d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de* » *noces et présents d'usage, ne doivent pas être rapportés* » (art. 852). Le plus souvent, le défunt aura consacré aux diverses dépenses dont parle notre article l'excédent de son revenu, excédent qu'il aurait probablement dépensé *lautius vivendo* s'il ne lui eût pas donné cette destination ; son patrimoine ne s'en trouve donc pas diminué. D'un autre côté, le patrimoine du successible, au profit de qui ces frais ont été faits, ne s'en trouve pas, la plupart du temps, sensiblement augmenté. Il s'agit donc d'une libéralité qui n'appauvrit pas à proprement parler le donateur, et qui n'enrichit pas le donataire, qui n'est pas de nature par conséquent à rompre l'égalité entre les divers successibles. Bien plus ce serait ici le rapport qui romprait l'égalité ; car celui qui y serait soumis ne pourrait le plus souvent l'effectuer qu'aux dépens de son capital, et il se trouverait ainsi moins riche en définitive que les autres. Dans ces conditions, la loi a considéré qu'il serait contraire à l'intention probable du défunt d'exiger le rapport ; elle admet donc une dispense tacite du rapport, et elle tarit ainsi dans leur source même une foule de recherches minutieuses, de tracasseries, de difficultés et de contestations entre les membres d'une même famille.

* L'origine de cette disposition se trouve dans l'art. 309 de la coutume d'Orléans, qui, *dans les successions déférées aux descendants,* déclarait non rapportables les sommes que le défunt avait dépensées pour la nourriture, l'entretien ou l'éducation d'un de ses successibles. On en donnait pour raison qu'en faisant ces frais l'ascendant avait payé une dette personnelle, plutôt que fait une donation ; or le rapport suppose une libéralité. Ce motif ne peut plus servir, ou du moins ne suffit plus à

expliquer notre article; car il a généralisé la disposition de la coutume en l'étendant aux successions même collatérales, et l'a ainsi appliquée à des cas où les frais faits par le *de cujus* dans l'intérêt d'un de ses successibles, pour sa nourriture, son entretien..., constitueront certainement une libéralité, l'obligation alimentaire et le devoir d'éducation n'existant en aucun cas à la charge des collatéraux. Il faut donc rattacher notre article à un autre principe : ce ne peut être que celui de la dispense tacite du rapport.

259. Passons en revue les différents avantages que l'art. 852 dispense du rapport.

1° *Frais de nourriture et d'entretien.* — Peu importe que le défunt les ait fournis en nature, ou en argent sous forme de pension.

2° *Frais d'éducation.* — Il ne faut pas les confondre avec les frais d'*établissement;* car ces derniers sont soumis au rapport par l'art. 851. La distinction peut dans certains cas être délicate. On est d'accord en doctrine et en jurisprudence pour considérer comme *frais d'éducation,* non rapportables à ce titre, tous les frais faits par le *de cujus* pour procurer à l'un de ses successibles l'obtention des grades universitaires, même les plus élevés, tels que le doctorat en droit ou en médecine. Et en effet un diplôme ne donne pas à proprement parler un établissement; ce n'est qu'un certificat d'aptitude, qui peut aider à l'acquérir. Ce point faisait quelque difficulté dans notre ancien droit. Au contraire, l'achat d'un corps de bibliothèque pour un jeune homme qui se destine à la profession d'avocat, rentrerait dans les frais d'établissement, et donnerait lieu par conséquent au rapport.

3° *Frais d'apprentissage.* — Ce sont des frais d'éducation d'une nature particulière, faits en vue de préparer l'un des successibles à l'exercice d'une profession déterminée.

4° *Frais ordinaires d'équipement.* — Notre code a emprunté cette disposition à plusieurs de nos anciennes coutumes, qui dispensaient du rapport « la dépense faite pour l'équipage d'un enfant qu'on envoie au service ». Ces frais comprennent les dépenses faites pour achat de chevaux, d'armes..., et généralement de toutes les choses nécessaires à l'équipement d'un militaire qui entre au service, eu égard à son grade.

Un héritier doit-il le rapport de la somme, que le défunt a versée à son acquit pour lui permettre de faire son volontariat d'un an? Aux termes de l'art. 55 al. 1 de la loi du 27 juillet 1872 : « L'engagé » volontaire d'un an est habillé, monté, équipé et entretenu à ses » frais ». C'est à titre de paiement anticipé de ces diverses charges que les engagés conditionnels d'un an doivent verser une certaine somme d'argent. Elle ne sera donc pas rapportable à la succession de celui qui l'a fournie, puisqu'elle est la représentation de frais qui sont eux-mêmes dispensés du rapport aux termes de l'art. 852.

* L'arrêt de la cour de cassation du 14 avril 1886 (Sir., 86. 1. 289), jugeant qu'il y a lieu à récompense au profit de la communauté qui a payé la prime du volontariat d'un an pour le compte d'un enfant d'un premier lit de l'un des époux, n'est pas précisément en opposition avec cette doctrine. Dans l'espèce il avait été pourvu à l'établissement de l'enfant aux frais de la communauté. La communauté avait droit de ce chef à une récompense, et la récompense lui a été accordée également pour la prime du volontariat, que la cour paraît avoir considérée comme un complément de l'établissement de l'enfant.

Sous l'empire de la législation antérieure à 1872, on décidait avec raison qu'un héritier devait le rapport des sommes que le défunt avait payées pour son remplacement militaire ; elles étaient en effet la représentation d'une dette personnelle au successible (arg. art. 851).

5° *Frais de noces.* — Ce sont les frais des festins, banquets et réunions qui ont lieu à l'occasion des mariages, et qui, comme le dit Guy-Coquille, « ne portent leur utilité sinon depuis le dîner jusqu'au souper ». Avec les *frais de noces* il ne faut pas confondre les *cadeaux de noces :* ils ne seraient dispensés du rapport qu'autant qu'ils pourraient être considérés comme rentrant dans la catégorie des *présents d'usage,* dont nous allons nous occuper à l'instant même.

6° *Présents d'usage.* — La loi désigne sous ce nom les cadeaux que les usages imposent dans diverses circonstances de la vie, dont le nombre croît tous les jours : cadeaux faits à l'occasion du nouvel an, de la fête, de la première communion, du mariage, du baptême d'un enfant...

Le trousseau donné à l'occasion du mariage est-il un présent d'usage? Il paraît difficile de résoudre cette question d'une manière absolue, tout dépendant des circonstances, parmi lesquelles figurent principalement l'importance du don et la fortune du donateur, peut-être aussi de l'intention de celui qui fait cette libéralité : ainsi, quand le trousseau est compris dans la constitution dotale, il ne paraît pas douteux qu'il ne soit soumis au rapport. On s'explique de cette façon la diversité que présentent sur ce point les décisions judiciaires : ce sont des arrêts d'espèces.

260. Un des motifs, et le principal peut-être, pour lequel la loi, se conformant à l'intention probable, quoique non exprimée, du défunt, dispense du rapport les divers avantages dont elle donne l'énumération dans l'art. 852, c'est que la plupart du temps les dépenses dont il s'agit ont été prélevées sur le revenu du défunt et non sur son capital. Mais de là on aurait tort de conclure, avec quelques auteurs, que ces divers avantages deviendraient rapportables s'il était prouvé que le défunt les a faits aux dépens de son capital; car après tout la loi ne subordonne la dispense du rapport à aucune condition.

Il paraît d'ailleurs sans difficulté que la dispense du rapport ne cesserait pas par suite de cette circonstance, que le *de cujus* aurait fait quelques-uns des frais dont il s'agit, par exemple des frais d'éducation, au profit d'un de ses successibles sans les faire au profit des autres.

261. Deuxième exception. — Elle est relative aux fruits des biens donnés. Le successible donataire est dispensé de rapporter ceux qu'il a perçus jusqu'à l'époque de l'ouverture de la succession. En effet, aux termes de l'art. 856 : « *Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rap-*

» *port ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession* ». Donc le successible a le droit de garder ceux qu'il a perçus jusqu'à cette époque. Il était nécessaire que la loi s'expliquât sur ce point; autrement les fruits auraient été soumis à la loi du rapport, comme le bien dont ils sont un accessoire, en vertu de la disposition générale de l'art. 843. Ce résultat eût été manifestement contraire à la volonté du défunt, qui, en faisant à l'un de ses successibles un avancement d'hoirie, n'a pu avoir d'autre intention que celle de lui conférer la jouissance du bien donné : ce qui implique une dispense du rapport pour les fruits. Il y avait d'autant plus lieu d'admettre cette dispense qu'on eût fait dégénérer la donation en un véritable piège pour le successible donataire, en l'obligeant à restituer les fruits qu'il a perçus, pendant de longues années peut-être, et probablement consommés. D'ailleurs, c'est à peine si la dispense du rapport compromet ici le principe d'égalité entre les héritiers. En effet si le défunt n'avait pas fait la donation, il aurait probablement dépensé *lautius vivendo* l'excédent de revenu qu'il se serait ainsi ménagé. Et puis les cohéritiers du donataire, plus jeunes que lui ordinairement, jouiront par cela même plus longtemps de leur part héréditaire, et cet avantage compensera et souvent au delà l'avantage que le successible donataire a retiré de son don. Il suffit donc d'obliger le donataire à restituer le bien donné, sans les fruits, pour replacer ses cohéritiers dans la même situation, ou à peu près, que si la donation n'avait pas été faite.

Comment le donataire fera-t-il siens les fruits des biens donnés ? La loi étant muette, il y aurait lieu de se référer sur ce point aux règles établies au titre *De l'usufruit,* le donataire pouvant être considéré, à tout le moins, comme usufruitier du bien donné, jusqu'à l'époque de l'ouverture de la succession. Il acquerra donc les fruits naturels ou industriels par la perception, et les fruits civils jour par jour. Arg. art. 583 et 586.

* Au cas où la donation faite au profit du successible consisterait en un usufruit, que le défunt aurait établi sur un bien à lui appartenant, ou en une rente viagère dont il se serait constitué personnellement débiteur, le successible donataire ne devrait rapporter à la succession que l'usufruit ou la rente, mais non les fruits perçus, ni même ceux échus à l'époque de l'ouverture de la succession. Arg. art. 586, 588 et 1568. En cas de renonciation, il conserverait l'usufruit ou la rente constitués sur sa tête et qui alors ne s'éteindraient qu'à sa mort.

* Supposons que la donation faite à l'un des successibles par le *de cujus* consiste en un droit d'usufruit à lui appartenant sur le bien d'un tiers, ou en une rente viagère établie sur sa tête, de sorte que le droit d'usufruit ou de rente, faisant l'objet de la donation, doit s'éteindre au décès du donateur. Le successible donataire devra-t-il le rapport de son don, s'il vient à la succession du donateur ? Nous ne le croyons pas. En effet, au cas où l'usufruit donné porte sur un immeuble, le successible donataire, auquel le rapport serait demandé, dira : Je suis donataire d'un immeuble, (arg. art. 526); or le rapport des immeubles se fait en nature (art. 859) et il cesse d'être dû lorsque l'immeuble a péri, sans la faute du donataire, au moment de l'ouverture de la succession (art. 855); je n'ai donc rien à rapporter, car le bien donné,

l'usufruit, s'est éteint par la mort du donateur, et, quant aux fruits, j'ai le droit de les garder en vertu de l'art. 856 cbn. 588 et 1568. S'il en est ainsi pour le cas où l'usufruit donné porte sur un immeuble, il nous semble difficile d'admettre une solution différente pour le cas d'un usufruit portant sur un meuble ou d'une rente viagère. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 868 le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant et d'après la valeur du bien au jour de la donation. Mais il faut nécessairement combiner ce principe avec celui qui permet au donataire de jouir du bien donné jusqu'à l'ouverture de la succession. Le donataire en avancement d'hoirie, nous l'avons déjà dit, doit être considéré au moins comme usufruitier du bien donné jusqu'à l'époque de l'ouverture de la succession ; or l'usufruitier d'un usufruit ou d'une rente viagère a le droit de garder tous les produits qu'il a perçus pendant sa jouissance, sans être tenu à aucune restitution (arg. art. 588 et 1568).

* Ce que nous venons de dire de la donation directe d'un droit d'usufruit, il faudrait le dire de la donation indirecte. Ainsi un père ayant plusieurs enfants renonce au droit d'usufruit légal qui lui appartient sur les biens de l'un de ces enfants, ou bien il renonce à un droit d'usufruit qui lui a été légué sur un bien dont un de ses enfants est légataire pour la nue propriété. L'enfant au profit duquel cette renonciation est faite ne devra aucun rapport à la succession de son auteur. V. en sens contraire, Cass., 27 octobre 1886, Sir., 87. 1. 193.

C'est seulement jusqu'à l'ouverture de la succession que le successible donataire fait les fruits siens. A partir de cette époque il en est de plein droit débiteur envers ses cohéritiers ; car il n'est plus dispensé du rapport. Cette règle est formulée par la loi en termes tellement généraux qu'elle doit être considérée comme applicable dans tous les cas, et par conséquent même lorsque le rapport ne doit se faire qu'en moins prenant. L'héritier est alors débiteur des intérêts de la somme représentant la valeur dont il doit le rapport. Cass., 5 juillet 1876, Sir., 77. 1. 345.

N° 5. Comment s'effectue le rapport, et quels en sont les effets.

262. Cette double question doit être étudiée successivement quant aux legs et quant aux dons entre vifs.

I. *Rapport des legs.*

263. D'après l'opinion générale, le rapport des legs s'effectue en laissant les biens légués dans la masse à partager ; l'art. 843 dit en effet que l'héritier venant à la succession ne peut pas *réclamer* son legs. L'effet du rapport ainsi entendu, serait donc de neutraliser complètement la disposition testamentaire. En ce sens, Caen, 23 décembre 1879, Sir., 80. 2. 329.

D'après une autre opinion, le légataire aurait, dans tous les cas où il y trouvera quelque intérêt, le droit de demander que la chose léguée lui fût attribuée en nature, sauf à la précompter sur sa part. En d'autres termes, l'héritier légataire aurait toujours le droit de demander, en ce qui concerne son legs, l'application des règles du rapport en moins prenant ; autrement, dit-on, dans bien des cas, la disposition testamentaire n'aurait pas de sens (*supra* n. 243), et il faut cependant lui en trouver un. D'ailleurs la lettre de l'art. 843 peut se concilier avec cette solution ; car, s'il défend à l'héritier venant à la succession de réclamer *son legs*, il ne lui défend pas de réclamer *la chose léguée*, sauf à la précompter sur sa part.

D'autres soutiennent que, la loi ne s'étant pas expliquée d'une manière catégorique sur le point de savoir comment doit s'effectuer le rapport des legs, il y a lieu d'appli-

quer de tous points les règles relatives au rapport des dons ; le rapport des legs devrait donc être effectué en nature ou en moins prenant, suivant les distinctions établies par les art. 858 et suivants. C'est en ce sens que la jurisprudence paraît tendre à se fixer. Cass., 11 février 1879, Sir., 80. 1. 201.

A notre avis, il n'y a là qu'une question d'interprétation de volonté. Il est certain que la volonté du testateur doit être suivie, s'il l'a manifestée expressément ; et nous ajoutons qu'elle devrait l'être également, s'il ne l'avait manifestée que tacitement ; car la loi n'exige pas ici, comme pour la dispense du rapport, une déclaration expresse. L'héritier légataire pourrait donc être autorisé à effectuer le rapport en moins prenant, c'est-à-dire à se faire délivrer la chose léguée en nature, sauf à la précompter sur sa part, s'il résulte des circonstances, dont l'appréciation souveraine appartient aux tribunaux en cas de contestation, que telle a été la volonté du testateur. En supposant qu'il soit impossible de découvrir cette volonté, nous préfèrerions, avec les partisans de la troisième opinion, appliquer les règles du droit commun.

II. *Rapport des dons entre vifs.*

264. Il y a deux manières d'effectuer le rapport des dons entre vifs. L'art. 858 les indique en ces termes : « *Le rapport se fait en nature ou* » *en moins prenant* ».

Le rapport a lieu *en nature,* lorsque les objets rapportés sont réunis à la masse de la succession dans leur identique individualité. C'est donc un rapport *réel.*

Le rapport *en moins prenant* au contraire est un rapport *fictif.* L'héritier garde ce qui lui a été donné, et il le *prend en moins* dans la masse, c'est-à-dire qu'on le lui déduit sur sa part.

Au point de vue pratique, il y a deux manières d'opérer la déduction dans laquelle s'analyse le rapport en moins prenant.

La première consiste à faire pour l'héritier qui doit ce rapport un lot moins fort que pour les autres héritiers, un lot qui comprend en moins la valeur pécuniaire des biens à rapporter. Ainsi supposons une succession à partager entre deux cohéritiers, *Primus* et *Secundus; Primus* a reçu par don entre vifs l'immeuble A valant 20,000 fr.; il y a dans la succession trois autres immeubles, B, C et D, dont chacun vaut 20,000 fr. également ; pas de meubles ni de dettes. La masse partageable est donc de 80,000 fr., en y comprenant l'immeuble A donné à *Primus,* que celui-ci rapporte, nous le supposons, en moins prenant, par application de l'art. 859. On pourra composer les lots par exemple de la manière suivante. Dans le lot de *Primus* on mettra l'immeuble B, dont la valeur, réunie à celle de l'immeuble A, dont il doit le rapport et qu'on lui précompte sur sa part, représentera une somme de 40,000 fr. Les immeubles C et D seront mis dans le lot de *Secundus,* qui obtiendra ainsi comme *Primus* un lot ayant une valeur de 40,000 fr.

Ce premier procédé rend impossible le tirage au sort, et il ne peut être employé par conséquent que dans les cas où la loi autorise un partage d'*attribution.* En dehors de ces cas, il faudrait avoir recours au second moyen, qui est indiqué par l'art. 830. Il consiste dans le prélèvement, par les héritiers auxquels le rapport est dû, d'objets ayant la même valeur et, autant que possible, la même nature, qualité et bonté, que ceux rapportés en moins prenant. Ainsi, dans l'espèce qui vient d'être proposée, *Secundus* prélèvera par exemple l'immeuble B, et on fera des immeubles C et D deux lots qui seront tirés au sort.

Il est presque inutile de dire que le rapport en moins prenant ne peut s'effectuer

que dans la mesure de la part héréditaire du cohéritier qui le doit, puisqu'il consiste dans une déduction sur cette part ; l'excédent donnerait nécessairement lieu à une remise effective à la masse héréditaire. Ainsi l'héritier, dont la part héréditaire n'est que de 20,000 fr. et qui doit un rapport en moins prenant de 25,000 fr., devra verser 5,000 fr. à la succession.

265. Dans quels cas le rapport doit être effectué en nature, dans quels cas en moins prenant. — Les règles à suivre à cet égard sont formulées dans les art. 859 à 869. La loi distingue s'il s'agit d'immeubles ou de meubles. En principe, le rapport des immeubles se fait en nature ; le rapport des meubles au contraire n'a lieu qu'en moins prenant.

Cette distinction, qui remonte haut dans notre droit, paraît s'y être introduite sous l'influence de la prédilection dont les immeubles étaient alors l'objet. Pothier dit que le rapport en nature des immeubles a été prescrit « pour établir entre les enfants une égalité parfaite, qui ne le serait pas si l'un pouvait conserver de bons héritages, pendant que les autres n'auraient que de l'argent dont ils auraient souvent de la peine à faire un bon emploi ». Les choses ont bien changé depuis Pothier. Nous n'avons plus pour la fortune mobilière le dédain que lui témoignaient nos anciens. Peut-être conviendrait-il aujourd'hui d'effacer toute différence entre le rapport des meubles et celui des immeubles, et de décider que dans tous les cas il doit avoir lieu en moins prenant.

1. *Rapport des immeubles.*

A. Principe.

266. Art. 859. *Il* [le rapport] *peut être exigé en nature, à l'égard des immeubles, toutes les fois que l'immeuble donné n'a pas été aliéné par le donataire, et qu'il n'y a pas, dans la succession, d'immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers.*

Art. 860. *Le rapport n'a lieu qu'en moins prenant, quand le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession ; il est dû de la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture.*

La loi nous présente dans ces deux textes le rapport en moins prenant comme une exception. La règle est donc que le rapport des immeubles doit avoir lieu en nature, *en essence et nature,* comme disait l'art. 306 de la coutume d'Orléans.

Les immeubles devant être rapportés en nature, le donataire d'un immeuble est éventuellement débiteur d'un corps certain, *res certa,* envers la succession du donateur ; car c'est cet immeuble même qu'il devra remettre dans la masse, s'il vient à la succession du donateur concurremment avec d'autres héritiers. De là il résulte que, si, avant ou après l'ouverture de la succession, peu importe, l'immeuble objet de la donation a péri totalement par cas fortuit et sans la faute du donataire, celui-ci ne sera tenu d'aucune obligation envers la succession, de même qu'au cas de perte partielle, il serait quitte en rappor-

tant l'immeuble dans l'état où il est. A l'impossible nul n'est tenu. Or, l'immeuble ayant péri, il ne peut pas être question de le remettre en nature dans la succession ; et, comme il a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire, celui-ci ne peut pas être obligé d'indemniser la succession de cette perte dont il n'est pas la cause ; car nul ne répond des cas fortuits. Il est donc libéré (arg. art. 1302). C'est dire qu'il en serait autrement si l'immeuble avait péri par la faute du donataire, ou même par un cas fortuit qui aurait été occasionné par sa faute, par exemple si le terrain donné a été emporté par la rupture d'une digue que l'héritier avait négligé de réparer. Sans doute, en pareil cas, l'immeuble ne pourrait pas être rapporté en nature; mais il y aurait lieu de substituer un rapport en moins prenant au rapport en nature, pour réparer dans la mesure du possible le préjudice causé par la faute du donataire (arg. art. 1382). Tout cela résulte implicitement de l'art. 855, ainsi conçu : « *L'immeuble qui a péri par cas fortuit* « *et sans la faute du donataire, n'est pas sujet à rapport* ».

* Le donataire qui, à raison de la perte fortuite de l'immeuble donné, se trouve libéré de l'obligation d'en effectuer le rapport, ne devrait pas d'indemnité pour les détériorations qu'il aurait fait subir à cet immeuble, et n'aurait pas le droit d'en réclamer une pour les améliorations dont il serait l'auteur; car la première indemnité n'est qu'un accessoire de l'obligation du rapport, et la deuxième en est la contre-partie; elles s'évanouissent donc avec l'obligation du rapport.

* L'héritier, dispensé du rapport d'un immeuble par sa perte fortuite, devrait-il rapporter à la succession l'indemnité qu'il aurait touchée d'une compagnie par laquelle il aurait fait assurer cet immeuble? Non, d'après l'opinion générale; car cette indemnité n'est que la contre-valeur de la chance aléatoire qu'a courue l'assuré en s'engageant à payer des primes qui auraient été déboursées en pure perte, si l'immeuble n'avait pas été incendié. L'héritier donataire, ayant seul couru cette chance, doit en avoir seul le profit.

267. L'immeuble, dont le rapport est dû *en nature* par un héritier (ce qui constitue la règle générale, ainsi que nous l'avons dit), rentre *de plein droit* dans la masse au moment où l'obligation du rapport prend naissance, c'est-à-dire au moment de l'ouverture de la succession (arg. art. 1138). Le titre du donataire est résolu rétroactivement, c'est-à-dire que l'immeuble à rapporter est réputé ne lui avoir jamais appartenu, et par conséquent n'avoir jamais cessé d'être la propriété du défunt, sauf l'exception déjà signalée relativement aux fruits, que le donataire est autorisé à garder. La loi ne formule pas ce principe, mais elle en suppose l'existence; car elle nous offre plusieurs dispositions qui n'en sont que la conséquence. Elles sont contenues : 1° dans l'art. 865; 2° dans les art. 861, 862 et 863. Nous allons les analyser.

268. Première conséquence. — « *Lorsque le rapport se fait en nature,* » *les biens se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de* » *toutes charges créées par le donataire; mais les créanciers ayant hypo-*

» *thèque peuvent intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport* » *se fasse en fraude de leurs droits* » (art. 865). — Toutes les charges, créées par le donataire sur l'immeuble qui rentre dans la succession par suite du rapport, sont donc considérées comme non avenues. Ce ne peut être que parce que le droit du donataire lui-même est résolu rétroactivement. La loi fait ici une application de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

La résolution dont nous venons de parler atteint toutes les charges créées par le donataire sans distinction, non seulement les hypothèques, que la partie finale de l'article cite *exempli gratia,* mais aussi les servitudes soit réelles, soit personnelles. Ajoutons qu'elle atteindrait aussi les charges *établies du chef du donataire,* bien que la loi ne parle que des charges *créées* par lui, par exemple l'hypothèque légale ou judiciaire qui se serait imprimée de son chef sur l'immeuble.

La partie finale de notre article donne aux créanciers hypothécaires (et il faut mettre sur la même ligne tous ceux au profit desquels le donataire aurait consenti des charges réelles sur l'immeuble, par exemple une servitude) le droit d' « inter- » venir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs » droits ». Cette disposition nous donne à entendre que la résolution des charges créées par le donataire est conditionnelle, en ce sens qu'elle ne se produira qu'autant que, par le résultat du partage, l'immeuble sur lequel elles ont été établies tombera dans le lot d'un des cohéritiers du constituant. Et en effet pourquoi les charges seraient-elles résolues, si l'immeuble tombe dans le lot du constituant lui-même ? On en chercherait vainement le motif. Ceux au profit desquels les charges ont été établies ont donc intérêt à ce que l'immeuble qui en est grevé soit attribué au constituant, et la loi leur permet d'intervenir au partage pour déjouer les diverses fraudes que les copartageants pourraient commettre en vue de l'attribuer à un autre : notamment ils pourront demander que l'immeuble soit rapporté en moins prenant, conformément à l'art. 859, s'il y a dans la succession d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse faire des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers. Le rapport en nature ne pourrait être fait dans ce cas qu'en fraude de leurs droits, et ils sont fondés à s'y opposer.

269. Deuxième conséquence. — Le droit du donataire d'un immeuble étant résolu rétroactivement par l'effet du rapport, il peut : 1° avoir une indemnité à réclamer pour les diverses impenses qu'il a faites au sujet de l'immeuble; 2° en devoir une pour les détériorations qu'il lui a fait subir par sa faute.

270. 1° Indemnités dues au donataire à raison de ses diverses impenses. — La doctrine reconnaît en général trois catégories d'impenses : les impenses *nécessaires,* les impenses *utiles* et les impenses *voluptuaires.*

a. Les impenses *nécessaires, quæ habent in se necessitatem impendendi,* sont celles sans lesquelles la chose aurait péri ou tout au moins se serait détériorée ; telle est la reconstruction d'un mur qui va s'effondrer ou l'élévation d'une digue sans laquelle un terrain serait emporté. L'art. 862 nous dit à ce sujet : *Il doit être pareillement* » *tenu compte au donataire des impenses nécessaires qu'il a faites pour* » *la conservation de la chose, encore qu'elles n'aient point amélioré le*

» *fonds* ». Le donataire a donc droit au remboursement intégral de son impense, en supposant bien entendu qu'il ait agi en bon père de famille, c'est-à-dire qu'il ait fait le mieux possible et au meilleur marché possible. Le *de cujus* aurait été obligé de faire cette dépense s'il avait conservé l'immeuble, et il ne l'aurait pas faite à meilleur compte; il est donc juste que sa succession en indemnise le donataire.

Il y a cependant toute une catégorie d'impenses nécessaires, dont le donataire n'aurait pas le droit d'obtenir le remboursement : ce sont les dépenses d'*entretien,* parce qu'elles sont une charge des fruits dont le donataire fait son profit. Il y a lieu d'assimiler, sur ce point comme sur bien d'autres, le donataire en avancement d'hoirie à un usufruitier (art. 605).

b. Les impenses *utiles* sont des impenses d'*amélioration.* Ce sont celles qui, sans être nécessaires pour la conservation de la chose, sont faites en vue de lui procurer une plus-value : tel serait le drainage d'un terrain qu'un excès d'humidité rend impropre à la culture. Le donataire, qui a fait de semblables impenses, n'a droit qu'au remboursement de la *plus-value* qu'elles ont procurée à l'immeuble; si donc l'impense est supérieure à la plus-value, il perdra la différence. C'est justice ; car, en tant qu'elles excèdent la plus-value, ces impenses constituent une fausse spéculation dont les conséquences doivent naturellement retomber sur leur auteur. Le défunt aurait sans doute été mieux avisé, s'il eût conservé l'immeuble ; il n'aurait probablement pas fait une impense, qui devait constituer pour partie un sacrifice sans compensation. Quoi qu'il en soit, tout ce que l'équité exige, c'est que la succession ne s'enrichisse pas aux dépens du donataire, et elle satisfait à cette loi en remboursant la plus-value. L'art. 861 a donc raison de disposer que : « *Dans tous les cas, il doit être tenu* » *compte au donataire, des impenses qui ont amélioré la chose, eu égard* » *à ce dont sa valeur se trouve augmentée au temps du partage* ».

Il peut arriver que la plus-value soit supérieure à l'impense. Le donataire a-t-il le droit d'exiger en ce cas la bonification de la plus-value tout entière, ou seulement de son impense? Notre article semble bien l'autoriser à réclamer le montant intégral de la plus-value; et on peut fortifier l'argument tiré du texte, en faisant remarquer que, le donataire étant exposé à subir une perte quand il crée une plus-value inférieure à son impense, il semblerait bien juste que, par compensation, il courût la chance de gagner, quand il a la bonne fortune de créer une plus-value supérieure. Malgré ces raisons, qui semblent péremptoires, presque tous les auteurs se prononcent dans le sens opposé. On dit que tout ce que le donataire peut exiger, c'est que la succession ne s'enrichisse pas à ses dépens ; or ce résultat est obtenu par le remboursement de l'impense. Et quant à l'argument tiré du texte, on y répond en disant : *Lex statuit de eo quod plerumque fit.*

Il est presque inutile de dire que l'héritier n'aurait aucune indemnité à réclamer à raison des améliorations *naturelles,* telles que l'allu-

vion. La succession en profiterait, de même qu'elle subirait les diminutions ou détériorations résultant d'un cas fortuit.

Aux termes de l'art. 867 : « *Le cohéritier qui fait le rapport en nature » d'un immeuble, peut en retenir la possession jusqu'au remboursement » effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations* ». C'est le droit de *rétention,* sorte de privilège que la loi accorde dans certains cas à un créancier pour assurer le paiement de sa créance.

* Le cohéritier, qui use du droit de rétention conféré par notre article, ne serait pas dispensé de tenir compte à ses cohéritiers des fruits perçus postérieurement à l'ouverture de la succession. Quelques auteurs ont voulu lui attribuer ces fruits par application des règles relatives au possesseur de bonne foi (art. 549 et 550); c'est confondre la *détention* avec la *possession.*

c. Les impenses *voluptuaires* sont celles *quæ voluptatis causa fiunt,* exemple : ce que l'on dépense pour faire sabler les allées d'un jardin, y mettre des statues, y établir un berceau. Ces dépenses rendent la chose plus agréable ou plus commode, mais elles n'en augmentent pas sensiblement la valeur vénale. Aussi le donataire qui les a faites n'a-t-il pas le droit d'en demander la bonification; on lui reconnaît seulement le *jus tollendi,* c'est-à-dire la faculté de reprendre ce qui peut être enlevé *sine rei detrimento,* par exemple les statues (arg. art. 599).

271. 2° **Indemnités dues par le donataire.** — « *Le donataire, de son » côté, doit tenir compte des dégradations et détériorations qui ont dimi- » nué la valeur de l'immeuble, par son fait ou par sa faute et négligence* » (art. 863). C'est la contre-partie du droit que la loi reconnaît au donataire de réclamer la bonification de ses impenses nécessaires ou utiles. Pour le calcul des indemnités dues par le donataire, de même que pour le calcul de celles qui lui sont dues, il y aurait lieu de se référer à l'état de choses existant lors du partage (arg. art. 861).

Au cas où le donataire serait, d'une part créancier d'une indemnité pour impenses, et de l'autre débiteur d'une indemnité pour détériorations, il faudrait établir une compensation jusqu'à due concurrence.

B. Exceptions au principe que le rapport des immeubles a lieu en nature.

272. Dans certains cas particuliers, le rapport des immeubles *peut* ou *doit* être fait en moins prenant.

a. Le rapport d'un immeuble *peut* être fait en moins prenant, lorsqu'il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers (arg. *a contrario* de l'art. 859). Ici un rapport en moins prenant suffit pour établir l'égalité entre les divers héritiers, puisque la succession contient des immeubles dont le prélèvement placera les héritiers qui ont droit au rapport dans une situation égale à celle du donataire qui le doit. Alors pourquoi forcer celui-ci à un

rapport en nature, qu'il a peut-être intérêt à éviter, soit parce qu'une longue possession lui a donné pour l'immeuble un attachement particulier, soit parce qu'il l'a grevé de charges dont la résolution, conséquence du rapport en nature, l'exposerait à des actions récursoires ? C'est donc le cas d'autoriser un rapport en moins prenant, qui concilie tous les intérêts.

Mais la loi ne consacre ici qu'une simple faculté au profit du donataire; car tout ce qui résulte par argument *a contrario* de l'art. 859, c'est que le rapport ne peut être EXIGÉ *en nature*. Le donataire a donc la faculté de l'effectuer de cette manière, conformément au droit commun, s'il y trouve son intérêt, par exemple si la succession contient d'autres immeubles qui lui conviennent mieux et qu'il peut espérer obtenir par le tirage au sort. Au nom de l'égalité, ses cohéritiers n'ont pas le droit de s'y opposer.

Le rapport en moins prenant serait encore facultatif pour le successible donataire d'un immeuble, si le défunt l'avait dispensé du rapport en nature, sans lui imposer cependant l'obligation de faire le rapport en moins prenant.

b. Le rapport d'un immeuble *doit* être fait en moins prenant dans trois cas :

1° Lorsque, l'immeuble donné ayant péri par la faute ou même par le simple fait du donataire, le rapport en nature est devenu impossible. Il y aurait lieu de rapporter en ce cas la valeur de l'immeuble *lors de l'ouverture*. Arg. art. 860.

2° Lorsque le défunt a *ordonné* que le rapport serait fait en moins prenant. Le donataire devient alors propriétaire incommutable de l'immeuble et débiteur de sa valeur : ce qui a pour résultat de mettre à sa charge les cas fortuits qui pourraient faire périr l'immeuble.

3° Le dernier cas est prévu par l'art. 860, ainsi conçu : « *Le rapport* » N'A LIEU *qu'en moins prenant, quand le donataire a aliéné l'immeuble* » *avant l'ouverture de la succession ; il est dû de la valeur de l'immeuble* » *à l'époque de l'ouverture* ». La loi maintient donc les aliénations consenties par le donataire avant l'ouverture de la succession.

Cette disposition est assez difficile à concilier avec celle de l'art. 865, qui fait rentrer l'immeuble dans la succession franc et quitte de toutes charges créées par le donataire. En effet, de deux choses l'une : ou le droit du donataire est résolu quand il vient à la succession du donateur, et alors les aliénations qui émanent de lui doivent être anéanties, comme les constitutions de droits réels, par application de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis;* ou bien le droit du donataire n'est pas résolu, et alors les charges doivent être maintenues comme les aliénations. Il ne faut pas chercher à concilier des dispositions qui sont inconciliables. A l'imitation de notre ancien droit, le législateur du code civil, qui admet en principe la résolution du droit du donataire d'immeuble soumis au rapport, a accepté la conséquence qui en résulte au point de vue des charges consenties par le

donataire; mais il a reculé devant celle qui s'en déduisait au point de vue des aliénations. Il a considéré sans doute que l'intérêt public exige plus impérieusement le maintien des aliénations que celui des charges. A notre avis, c'est le principe même du rapport en nature qu'il eût fallu supprimer : ce qui aurait eu pour conséquence le maintien des charges consenties par le donataire, aussi bien que des aliénations. Les unes ne méritent-elles pas la même protection que les autres ?

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que l'art. 860 a été écrit dans l'intérêt des tiers acquéreurs, et non du cohéritier donataire. Et de là on doit conclure que, si l'immeuble aliéné par le donataire était redevenu sa propriété avant l'ouverture de la succession, la règle du rapport en nature reprendrait son empire, l'exception n'ayant plus sa raison d'être.

En aucun cas, l'action en rapport ne peut être exercée contre l'acquéreur de l'immeuble aliéné par le donataire; car, en ordonnant le rapport en moins prenant, la loi nous dit implicitement que l'aliénation est valable. Il en serait ainsi, alors même que la valeur de l'immeuble excèderait la part héréditaire du donataire, auquel cas celui-ci doit verser dans la masse une somme égale à cet excédent, et alors même que son insolvabilité mettrait ses cohéritiers dans l'impossibilité d'en obtenir le paiement.

Mais, si les cohéritiers du donataire ne peuvent pas exercer l'*action en rapport* contre les tiers acquéreurs de l'immeuble donné, ils peuvent exercer contre eux l'*action en réduction,* au cas où la donation excèderait la quotité disponible. Arg. art. 930.

* L'art. 860 ne parle que des aliénations consenties par le donataire *avant l'ouverture de la succession.* Celles qu'il aurait consenties après cette époque seraient nulles, du moins si, par le résultat du partage, l'immeuble aliéné tombait au lot d'un autre cohéritier (arg. art. 883). Sauf le droit pour l'acquéreur d'intervenir au partage pour veiller à ce qu'il ne soit pas fait en fraude de ses droits.

273. De quelle valeur le successible donataire d'un immeuble doit-il le rapport, lorsqu'il l'a aliéné avant l'ouverture de la succession? De la valeur de l'immeuble à l'époque de l'*ouverture*, répond l'art. 860. Il n'y a donc pas lieu de se préoccuper du prix moyennant lequel le donataire a vendu l'immeuble, en supposant qu'il l'ait aliéné par vente, de sorte qu'il aura à rapporter tantôt une valeur supérieure, tantôt une valeur inférieure à ce prix.

Cependant cette règle souffre exception dans l'hypothèse où le donataire a subi une expropriation, que le *de cujus* aurait subie lui-même s'il eût conservé l'immeuble, par exemple une expropriation pour cause d'utilité publique. Le successible doit rapporter en ce cas l'indemnité qu'il a touchée, et ne doit que cette indemnité; car on la trouverait dans la succession, si la donation n'avait pas été faite (Cass., 17 mai 1876, Sir., 76. 1. 292). *Secus* si le donataire avait été exproprié sur une saisie faite par ses créanciers, car c'est là une expropriation que le *de cujus* n'aurait pas subie; il y aurait donc lieu d'en revenir alors au principe de l'art. 860.

L'art. 860, d'après lequel il y a lieu de se référer à l'époque de l'*ouverture* pour le calcul de la valeur à rapporter par le successible donataire d'un immeuble, au cas d'aliénation, n'est guère en harmonie avec l'art. 861, qui ordonne de se référer à l'époque du *partage* pour le calcul de l'indemnité due au donataire à raison de ses impenses utiles, indemnité qui, on le sait, est égale à la plus-value. La logique aurait exigé qu'on se référât à une même époque, celle de l'ouverture ou celle du partage, soit pour le calcul de la valeur à rapporter, au cas d'aliénation, soit pour le calcul

des indemnités dues au donataire ou par lui. Notre ancien droit n'avait pas commis cette *inelegantia juris;* il fixait l'époque du partage pour l'un et l'autre calcul.

274. L'immeuble, à rapporter en moins prenant au cas d'aliénation, devant être estimé *d'après sa valeur à l'époque de l'ouverture,* il en résulte que la succession profitera des accroissements provenant d'une cause naturelle, telle que l'alluvion, de même qu'en sens inverse elle subirait les conséquences des cas fortuits qui auraient diminué la valeur de l'immeuble ou même de ceux qui l'auraient fait périr en tout ou en partie, en supposant bien entendu que ces cas fortuits n'aient pas été occasionnés par une faute du donataire ou de ses ayant cause. En cas de perte totale, le donataire n'aura donc rien à rapporter, et par conséquent, s'il a aliéné l'immeuble à titre onéreux, il profitera de la contre-valeur par lui acquise. Les cohéritiers du donataire n'ont pas le droit de se plaindre; car on les replace exactement dans la situation où ils se trouveraient si le défunt ne s'était pas dépouillé de l'immeuble au profit du donataire, puisque l'immeuble aurait péri entre ses mains comme entre celles de l'acquéreur. Cette solution, qui était admise par Pothier, est acceptée par la grande majorité des auteurs; et, outre le point d'appui d'une solidité inébranlable que lui fournit l'art. 860, elle peut encore être étayée de l'art. 855, qui déclare dans les termes les plus généraux que « L'immeu- » ble qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire, n'est pas sujet à » rapport ».

Il en serait autrement des améliorations ou des détériorations résultant du fait du donataire ou de ses ayant cause. On conçoit que la succession ne doit pas plus profiter des unes que souffrir des autres. Dans l'estimation qui doit être faite de l'immeuble à rapporter en moins prenant, il faudra donc faire abstraction complète de ces améliorations ou de ces détériorations. L'art. 864 le dit pour celles résultant du fait des ayant cause du donataire : « *Dans le cas où l'immeuble a été aliéné par* » *le donataire, les améliorations ou dégradations faites par l'acquéreur doivent être* » *imputées conformément aux trois articles précédents* »; et les art. 861 à 863 nous l'ont déjà dit pour les améliorations ou détériorations résultant du fait du donataire. Arg. des mots *Dans tous les cas* de l'art. 861, et du mot *pareillement* de l'art. 862.

2. *Rapport du mobilier.*

275. « *Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant* » (art. 868, 1re partie). Règle inverse de celle qui régit le rapport des immeubles. Pourquoi cette différence? Les immeubles ne se détériorent pas par l'usage; ils acquièrent plutôt de la valeur par le bénéfice du temps. En rapportant en nature l'immeuble que lui a donné le défunt, le donataire remettra donc dans la succession une valeur égale et souvent supérieure à celle qu'il a reçue. Les meubles au contraire perdent presque toujours de leur valeur par l'usage et même par le seul effet du temps. En faisant le rapport en nature, le donataire d'objets mobiliers n'aurait donc pas remis dans la succession une valeur égale à celle qu'il a reçue : ce qui eût été injuste, puisque l'usage auquel les meubles doivent en grande partie leur dépréciation n'a profité qu'à lui. D'ailleurs, il y a des meubles pour lesquels le rapport en nature n'est pas possible : ce sont ceux qui se consomment par le premier usage qu'on en fait. En voilà plus qu'il ne faut, pour justifier la règle que *Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant.*

Cette disposition est impérative. Ce n'est donc pas seulement un droit pour le donataire d'objets mobiliers d'en effectuer le rapport en moins prenant, c'est aussi une obligation : ses cohéritiers peuvent s'opposer à ce qu'il fasse le rapport en nature.

Le donataire d'effets mobiliers n'aurait même pas le droit d'effectuer le rapport en versant dans la succession une somme égale à la valeur de ces effets. Ses cohéritiers peuvent exiger que le rapport soit fait en moins prenant : ce qui leur donnera le droit de prélever, sur la masse, des objets mobiliers de même nature, valeur et bonté. L'art. 830 al. 1, combiné avec l'art. 868 1re partie, fournit en faveur de cette solution un argument décisif. On peut le fortifier au besoin par un argument tiré de l'art. 869 al. 2, qui dans un cas particulier autorise exceptionnellement le donataire à effectuer le rapport en versant une somme d'argent dans la masse (*infra* n. 278).

L'héritier présomptif, donataire d'effets mobiliers, en devient donc propriétaire incommutable, puisque, le cas échéant, il n'aura jamais à effectuer le rapport en nature : d'où cette conséquence que les risques sont pour son compte. La perte résultant d'un cas fortuit tombera donc sur lui seul.

276. La règle, que « *Le rapport du* MOBILIER *ne se fait qu'en moins prenant* », s'applique-t-elle aux meubles incorporels, tels que rentes sur l'Etat ou sur particuliers, valeurs industrielles, créances... ? L'affirmative ne paraît guère douteuse, bien que la question soit controversée. La loi oppose ici le *mobilier* aux immeubles dont elle s'est occupée dans les art. 859 et s.; elle entend donc désigner par cette expression tout ce qui n'est pas immeuble, par conséquent tous les meubles de quelque nature qu'ils soient, même les meubles incorporels. Tel est d'ailleurs le sens ordinaire du mot *mobilier*, d'après l'art. 535. Enfin il est peu probable que le législateur ait oublié de réglementer le rapport des meubles incorporels, et c'est pourtant ce qu'il faut admettre, si on ne les considère pas comme compris dans la disposition de l'art. 868 1re partie. On objecte que le motif, qui a fait établir la règle du rapport en moins prenant en ce qui concerne les meubles en général, ne se rencontre pas pour les meubles incorporels : ils ne perdent pas de leur valeur par le temps, par l'usage, par les caprices de la mode. C'est vrai; mais à défaut de ce motif, il y en a ici un autre aussi puissant : les meubles incorporels ne sont pas susceptibles d'un prix d'affection, et par conséquent leur valeur est purement pécuniaire; on s'explique ainsi à merveille qu'ils aient été soumis eux aussi à la règle du rapport en moins prenant. D'où cette conséquence, dans laquelle se résume à peu près tout l'intérêt du débat, que les meubles incorporels sujets à rapport seront aux risques du donataire, la succession n'ayant rien à perdre ni à gagner par suite des diverses fluctuations que pourra subir leur valeur vénale.

277. Il reste à savoir sur quel pied se fait le rapport en moins prenant des meubles : « *Il se fait sur le pied de la valeur du mobilier lors* » *de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte ; et, à défaut de* » *cet état, d'après une estimation par experts, à juste prix et sans crue* » (art. 868 2e partie).

Pour le sens des mots *et sans crue,* voyez *supra* n. 231.

= *D'après l'état estimatif.* Les donations entre vifs d'effets mobiliers doivent être accompagnées d'un état estimatif (art. 948). La

valeur à rapporter par le donataire sera déterminée d'après cet état, et, au cas où il n'existerait pas, d'après une estimation faite par des experts.

Cette dernière disposition paraît difficile à concilier, au premier abord, avec l'art. 948, duquel il résulte que la donation d'effets mobiliers est nulle à défaut d'état estimatif. De deux choses l'une, peut-on dire : ou bien l'état a été dressé, et alors il servira de base pour la détermination de la valeur à rapporter ; ou il n'a pas été dressé, et alors, la donation étant nulle, les objets donnés seront réputés n'avoir jamais cessé d'appartenir au défunt, et il ne pourra pas être question de rapport, ni par conséquent de fixation de la valeur à rapporter, le rapport supposant nécessairement une donation et une donation valable. Voici la réponse : tout d'abord il peut se faire que l'état, qui a été dressé lors de la donation, ait été perdu ; d'autre part, l'état estimatif n'est pas requis pour les donations faites de la main à la main (voyez l'explication de l'art. 948). Dans ces deux cas, il pourra y avoir lieu à l'estimation par experts, dont parle notre article. Elle devra être faite d'après la valeur des effets au temps de la donation.

278. Aux termes de l'art. 869 : « *Le rapport de l'argent donné se fait* » *en moins prenant dans le numéraire de la succession. — En cas d'in-* » *suffisance, le donataire peut se dispenser de rapporter du numéraire,* » *en abandonnant, jusqu'à due concurrence, du mobilier, et, à défaut de* » *mobilier, des immeubles de la succession* ».

= *Peut se dispenser de rapporter du numéraire.* C'est une simple faculté pour le donataire. Il pourrait donc, s'il le préférait, verser dans la masse une somme égale à celle dont il doit le rapport : ce qui lui permettra d'obtenir, comme ses cohéritiers, sa part en nature dans les objets mobiliers et dans les immeubles de la succession.

§ II. *Du rapport des dettes.*

279. A l'imitation de notre ancien droit, le législateur du code civil impose à tout cohéritier venant à la succession l'obligation de rapporter à la masse les sommes dont il est débiteur. « *Chaque cohéritier* », dit l'art. 829, « *fait rapport à la masse, suivant les règles qui seront ci-* » *après établies, des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est* » *débiteur* ». Quel est le fondement du rapport en ce qui concerne les dettes ? C'est toujours le maintien de l'égalité entre les héritiers « qui se trouverait autant blessée, dit Lebrun, par le défaut de rapport de ce qui a été prêté que de ce qui a été donné ».

Pour mettre ce point en lumière, supposons deux héritiers, *Primus* et *Secundus*, et, dans la masse à partager, trois immeubles, A, B et C, valant chacun 10,000 fr. ; de plus *Primus* est débiteur envers la succession de 10,000 fr., que le défunt lui a prêtés par exemple, et il est, nous le supposons, insolvable. D'après notre article, *Primus* rapportera sa dette à la masse ; il en fera le rapport en moins prenant (arg. art. 868). Ce rapport en moins prenant s'effectuera par voie de prélèvement au profit de *Secundus*, qui prendra avant tout partage l'immeuble A par exemple (art. 830). La situation des deux cohéritiers se trouvant ainsi égalisée, ils se partageront par portions égales le surplus de la masse, c'est-à-dire les immeubles B et C, conformément aux règles du droit commun. Si au contraire on ne procédait pas par

la voie du rapport en ce qui concerne la dette de *Primus,* si sa dette restait soumise aux règles ordinaires, comme celle de tout autre débiteur étranger, on pourrait arriver à un résultat tout à fait différent. La créance du défunt contre *Primus* se diviserait de plein droit entre ses deux héritiers (art. 1220); une moitié de cette créance appartiendrait donc à *Primus* lui-même, celle-là serait éteinte par la confusion (art. 1300), et l'autre moitié appartiendrait à *Secundus.* Quant aux biens héréditaires, les cohéritiers en feraient entre eux le partage suivant les règles du droit commun. Le résultat serait donc en définitive celui-ci : c'est que, le partage une fois terminé, *Secundus* demeurerait créancier de *Primus* pour 5,000 fr.; or nous avons supposé *Primus* insolvable; *Secundus* pourrait donc n'obtenir qu'un paiement partiel par suite du concours des autres créanciers de *Primus;* il pourrait même être primé par eux, s'ils sont armés d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque judiciaire, qui saisit les immeubles du débiteur au moment même où ils entrent dans son patrimoine. Le rapport de la dette prévient cette injustice. On peut facilement supposer qu'il a été dans l'intention du défunt de l'imposer à son héritier, et qu'il a entendu que sa part de succession répondrait envers ses cohéritiers du montant de sa dette, en ce sens que cette dette serait déduite sur sa part.

280. Il y a lieu au rapport des dettes dans trois cas :

1° Lorsque l'un des successibles se trouve débiteur envers le défunt par suite d'un prêt que celui-ci lui a fait;

2° Lorsque le défunt a payé, à titre d'avance remboursable, la dette d'un de ses successibles (art. 851 *in fine*).

Nous disons *à titre d'avance remboursable;* cette hypothèse se trouve ainsi présenter une très grande analogie avec la précédente, celle d'un prêt. Si le défunt avait payé la dette d'un de ses successibles *donandi animo,* il y aurait encore lieu au rapport; mais le successible le devrait comme *donataire,* et non comme *débiteur :* ce qui peut présenter un grand intérêt au cas de renonciation (*infra* n. 281). Quant au point de savoir si le défunt a payé la dette de son successible à titre de don ou à titre d'avance remboursable, c'est une question de fait, rentrant à ce titre dans le domaine du juge au cas de contestation. *Ea res facti magis quam juris est.*

Toutefois le paiement, fait par le *de cujus* pour le compte de son successible, ne donnerait en aucun cas lieu au rapport, s'il s'appliquait à une dette à raison de laquelle le créancier n'avait pas d'action (exemple, une dette de jeu, art. 1965), ou n'avait qu'une action susceptible d'être paralysée par une exception péremptoire, telle qu'une dette prescrite; car en pareille circonstance, on ne peut pas dire que le successible ait été enrichi par le paiement de sa dette, puisqu'il aurait pu se dispenser de la payer. Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

3° Lorsque l'un des héritiers est devenu débiteur envers la succession par suite de faits postérieurs à son ouverture, par exemple s'il a perçu des fruits dont il doit compte à ses cohéritiers. L'art. 829 dit en effet, dans les termes les plus généraux, que chaque cohéritier doit le rapport *des sommes dont il est débiteur,* sans distinguer si c'est envers le défunt ou envers ses cohéritiers.

Il va sans dire qu'un héritier ne devrait pas le rapport de dettes qui seraient éteintes au moment de l'ouverture de la succession, soit par un paiement, soit par une compensation, soit par la prescription ou de toute autre manière.

*** 281. Règles à suivre pour le rapport des dettes.** — « Chaque cohéri-

» tier », dit l'art. 829 déjà cité, « fait rapport à la masse, *suivant les règles qui* » *seront ci-après établies,* des dons qui lui ont été faits, et des sommes dont il est » débiteur ». Ce qui paraît résulter bien nettement de ce texte, c'est une assimilation complète entre le rapport des dons et celui des dettes.

D'où il suit, mais plusieurs de ces déductions sont plus ou moins contestées :

1° Que le rapport des dettes se fait en moins prenant (arg. art. 868 1re partie);

2° Que, si la dette soumise au rapport n'était pas productive d'intérêts, elle le devient de plein droit dès l'instant de l'ouverture de la succession (arg. art. 856). Au cas contraire, les intérêts continuent de courir, et le successible doit le rapport des intérêts échus, qui augmentaient d'autant sa dette lors de l'ouverture, et des intérêts à échoir ;

3° Que les dettes, dont l'un des successibles doit le rapport, deviennent immédiatement exigibles si elles sont à terme. Le successible débiteur perd donc le bénéfice du terme qui lui aurait été concédé par le *de cujus,* puisqu'il paie immédiatement par la voie du rapport une dette que la convention lui donnait le droit de ne payer que plus tard ;

4° Que, par sa renonciation, l'héritier débiteur se libère du rapport de sa dette, de même que l'héritier donataire, du rapport de son don (arg. art. 845). Rapporter une dette, c'est imputer sur sa part héréditaire la créance qui correspond à cette dette; or cette imputation n'est pas possible pour l'héritier renonçant, puisqu'il n'a pas de part héréditaire. Remarquons bien que l'héritier est alors dispensé de *rapporter* sa dette, mais non de la *payer.* Au contraire l'héritier donataire, qui renonce à la succession, peut conserver son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Est-ce là, comme on le dit partout, une différence entre le rapport des dettes et le rapport des dons? Nous ne le croyons pas; c'est bien plutôt une différence entre le débiteur et le donataire. Au point de vue du rapport, la situation de l'héritier débiteur nous paraît être ici exactement la même que celle de l'héritier donataire : l'un comme l'autre en est affranchi par sa renonciation ; mais il conserve alors la qualité en laquelle il aurait été tenu au rapport s'il eût accepté. L'un reste donc débiteur, et comme tel obligé de payer sa dette ; l'autre, donataire : ce qui lui donne le droit de conserver son don, pourvu qu'il n'excède pas la quotité disponible. — Par où l'on voit que, lorsque le *de cujus* a payé une dette de son successible, il importe de savoir s'il l'a fait *donandi animo* ou à titre de prêt, d'avance remboursable. Car, dans le premier cas, l'héritier doit le rapport comme *donataire :* ce qui lui permet de retenir son don, par conséquent de ne pas payer sa dette s'il renonce à la succession ; tandis que, dans le second, il doit le rapport comme *débiteur,* et demeurerait dans l'hypothèse d'une renonciation tenu de payer sa dette à la succession ;

5° L'héritier débiteur ne doit pas le rapport de sa dette aux créanciers ni aux légataires (arg. art. 857). Le rapport est essentiellement affaire entre cohéritiers : eux seuls peuvent donc s'en prévaloir. Mais, si les créanciers et les légataires ne sont pas fondés à demander que l'héritier débiteur *rapporte* sa dette, ils peuvent exiger qu'il la paye ; car la créance du défunt contre l'héritier fait partie de l'actif héréditaire, et se trouve comprise par suite dans le gage des créanciers et des légataires. On dira peut-être : « Mais qu'importe de refuser aux créanciers et aux légataires le droit de demander le rapport des dettes, si on les autorise à en demander le paiement? N'est-ce pas une dispute de mots? » Nullement. Autre chose est demander le paiement d'une dette, autre chose en demander le rapport (*supra* n. 279). S'il n'existait pas de différence entre ces deux modes de procéder, il eût été inutile d'instituer le rapport des dettes.

281 *bis.* Sur cette difficile matière du rapport des dettes, voyez Cass., 17 novembre 1885, Sir., 87. 1. 14, et 9 février 1887, Sir., 88. 1. 1 et la note.

Appendice. — Du cas particulier prévu par l'art. 866.

282. « *Lorsque le don d'un immeuble fait à un successible avec dispense du* » *rapport excède la portion disponible, le rapport de l'excédant se fait en nature,* » *si le retranchement de cet excédant peut s'opérer commodément. — Dans le cas* » *contraire, si l'excédant est de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le dona-* » *taire doit rapporter l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la* » *valeur de la portion disponible : si cette portion excède la moitié de la valeur de* » *l'immeuble, le donataire peut retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins pren-* » *dre, et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement* ». Ainsi s'exprime l'art. 866.

Pour éclaircir ce texte, qui n'est peut-être pas à sa place dans la section *Des rapports* (car il traite une question de *réduction* plutôt qu'une question de rapport), nous ferons l'espèce suivante. Le défunt laisse trois enfants, *Primus, Secundus* et *Tertius;* l'actif net de la succession vaut 12, la quotité disponible est donc égale à 3 (art. 913); le défunt a donné entre vifs *par préciput et hors part* à *Primus* un immeuble valant 7 ; cette donation excède par conséquent la quotité disponible de 4, et il y a lieu de remettre cet excédent à la masse, de le *retrancher,* comme dit notre texte. Si ce retranchement peut s'opérer commodément, si par exemple il s'agit d'une prairie qui peut être facilement divisée, le retranchement s'effectuera en nature, c'est-à-dire que *Primus* gardera une partie de l'immeuble équivalente à 3, et remettra l'autre qui vaut 4 dans la masse partageable. Mais supposons que l'immeuble ne soit pas susceptible d'être divisé commodément; comment s'effectuera le retranchement? Dans l'espèce proposée, la portion à retrancher excédant celle que l'héritier préciputaire a le droit de conserver, l'immeuble tout entier sera remis dans la masse; puis le préciputaire prélèvera sur cette masse la quotité disponible, soit 3, et le partage du surplus s'opèrera d'après les règles du droit commun. Si au contraire, modifiant un peu notre espèce, l'immeuble donné par préciput à *Primus* ne vaut que 5, auquel cas la portion à retrancher, 2, est inférieure à la portion à conserver, 3, l'héritier gardera tout l'immeuble, sauf à moins prendre dans le partage de la masse jusqu'à concurrence de 2, puisqu'il garde 2 de trop.

La loi, on le voit, fait ici une application de la règle *Major pars trahit ad se minorem.* Elle déroge ainsi au droit commun, dont l'application aurait conduit dans l'espèce à décider que l'immeuble doit être licité (arg. art. 1686). Et, comme toute exception au droit commun doit être interprétée restrictivement, il faut en conclure que, si la portion à retrancher était juste égale à celle que l'héritier a le droit de conserver (ce qui arriverait dans notre espèce en supposant que l'immeuble donné eût une valeur égale à 6), on devrait en revenir au droit commun, c'est-à-dire à la licitation. Nous n'admettrions donc pas, avec plusieurs auteurs, que le juge a ici le droit de statuer sur le *quid utilius.*

SECTION III

DU PAIEMENT DES DETTES

283. Le passif héréditaire comprend les *dettes* et les *charges.* Les *dettes* sont les obligations qui ont pris naissance dans la personne du défunt, qui grèvent son patrimoine lors de son décès et passent avec lui à ses héritiers. Les *charges* sont des dettes posthumes : ce sont les obligations auxquelles la mort du *de cujus* donne naissance ou dont elle est l'occasion, qui par suite grèvent sa succession sans qu'il en ait

jamais été tenu personnellement, *quæ ab herede cœperunt :* tels sont les frais funéraires, les frais de scellés et d'inventaire, et aussi les legs.

Les règles contenues dans cette section, qui aurait été intitulée plus exactement *Du passif héréditaire,* sont en général applicables aux charges aussi bien qu'aux dettes. Elles sont cependant sujettes, en ce qui concerne les legs, à certaines modifications, qui seront indiquées au titre *Des donations.*

Le législateur s'occupe ici successivement : 1° de la répartition du passif héréditaire et du droit de poursuite des créanciers (art. 870 à 877); 2° de la séparation des patrimoines (art. 878 à 881); 3° des fraudes qui peuvent être commises dans les partages, et des moyens accordés aux créanciers, contre qui elles sont dirigées, pour les prévenir ou les réprimer (art. 882). Nous traiterons ces matières dans trois paragraphes.

§ I. *De la répartition du passif héréditaire, et du droit de poursuite des créanciers.*

284. Deux questions bien distinctes doivent ici nous préoccuper : 1° qui doit supporter définitivement le passif héréditaire, en d'autres termes, quels sont les contribuables entre lesquels ce passif doit se répartir, et dans quelle proportion ; 2° à qui les créanciers héréditaires peuvent-ils ou doivent-ils s'adresser pour obtenir leur paiement? La première question est une question de *contribution aux dettes :* il s'agit d'un règlement définitif à établir entre les divers contribuables ; tout se passe entre eux seulement. La deuxième question est une question d'*obligation aux dettes :* il s'agit de déterminer l'étendue du droit de poursuite des créanciers.

N° 1. De la contribution aux dettes.

285. Quels sont ceux qui doivent supporter définitivement le fardeau des dettes et charges de la succession, et dans quelle proportion? La réponse est fort simple; elle est contenue dans l'ancien adage *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.* Cet adage signifie que le passif héréditaire *(æs alienum)* est une charge de l'universalité qui constitue le patrimoine *(universi patrimonii),* mais non de chaque objet en particulier *(certarum rerum)* dont il se compose; ce passif doit donc être supporté par tous ceux qui succèdent à l'universalité, au patrimoine, et proportionnellement à la fraction qu'ils en recueillent, mais non par ceux qui succèdent à des objets particuliers dépendant du patrimoine.

En deux mots, les successeurs universels contribuent aux dettes, les successeurs à titre particulier n'y contribuent pas.

Exceptionnellement toutefois, les successeurs à titre particulier contribuent aux

dettes dans les trois cas de succession anomale prévus par les art. 351-352, 747 et 766 (*supra* n. 87).

Reste à savoir quels sont les successeurs universels et quels sont les successeurs à titre particulier.

Doivent être considérés comme successeurs universels, et tenus à ce titre de contribuer aux dettes : 1° les héritiers légitimes ; 2° les successeurs irréguliers ; 3° les légataires universels ou à titre universel ; 4° les héritiers contractuels (1).

Au contraire, les légataires particuliers sont des successeurs à titre particulier, dispensés comme tels de contribuer aux dettes.

286. Chaque successeur universel contribue aux dettes, nous l'avons dit, proportionnellement à la fraction de l'universalité qu'il recueille. Ainsi trois héritiers pour portions égales, venant seuls à la succession, contribueront aux dettes et charges chacun pour un tiers. De même, si le défunt a laissé pour seuls successeurs universels un enfant légitime et un enfant naturel, l'enfant légitime supportera les dettes pour cinq sixièmes et l'enfant naturel pour un sixième ; car c'est dans cette proportion que l'actif héréditaire se répartit entre eux (arg. art. 757). Suppose-t-on enfin que l'universalité se divise entre un héritier et un légataire, que le défunt laisse par exemple un fils et qu'il ait légué un quart de ses biens à un étranger ? Le fils supportera les trois quarts des dettes, et le légataire le quart. Ainsi de suite. C'est ce qui résulte des art. 870 et 871, ainsi conçus :

Art. 870. *Les cohéritiers contribuent entre eux au paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend.*

Art. 871. *Le légataire à titre universel contribue avec les héritiers, au prorata de son émolument ; mais le légataire particulier n'est pas tenu des dettes et charges, sauf toutefois l'action hypothécaire sur l'immeuble légué.*

Et toutefois la formule de ces deux articles laisse à désirer. D'abord il n'est pas exact de dire, comme le fait l'art. 870, que les cohéritiers contribuent au paiement des dettes et charges de la succession *chacun dans la proportion de ce qu'il y prend.* Supposons deux cohéritiers appelés à une succession pour portions égales ; la succession vaut 3, y compris un immeuble ayant une valeur égale à 1, qui a été légué par préciput et hors part à l'un des cohéritiers ; celui-ci prendra en définitive 2 dans la succession, tandis que l'autre ne prendra que 1. Faudra-t-il dire,

(1) Les *légataires universels* sont ceux auxquels le défunt a légué l'universalité de ses biens (art. 1003). Exemple : Je lègue à Pierre tous les biens que je laisserai à l'époque de mon décès.

Les légataires *à titre universel* sont ceux auxquels le défunt a légué une quote-part de l'universalité qui constitue son patrimoine, comme un tiers, un quart, ou tous ses immeubles, ou tous ses meubles, ou une fraction des uns ou des autres (art. 1010).

Les *héritiers contractuels* sont ainsi appelés, parce que, d'une part, leur situation est à beaucoup d'égards la même que celle d'un héritier, et parce que, d'autre part, ils ne peuvent être institués que par *contrat de mariage* (art. 1082). Ce sont des *donataires universels* ou *à titre universel*, et on les désigne souvent sous ce nom.

appliquant littéralement notre disposition, que l'un contribuera aux dettes pour les deux tiers, et l'autre pour un tiers ? Non : l'héritier préciputaire succède ici à un double titre, celui d'héritier et celui de légataire à titre particulier. Comme héritier il doit contribuer; mais il est affranchi de la contribution comme légataire particulier (art. 871). Il contribuera donc seulement pour la part qu'il prend *comme héritier,* c'est-à-dire pour 1, et son cohéritier pour 1 également, c'est-à-dire que chacun contribuera pour la moitié. L'art. 870 doit donc être lu comme s'il disait : *chacun dans la proportion de ce qu'il prend* A TITRE D'HÉRITIER, ou mieux : *proportionnellement à la fraction de l'universalité qu'il recueille.*

La formule de l'art. 871 laisse aussi à désirer, quand il dit que « Le légataire à titre » universel contribue... au prorata de son émolument ». Notons d'abord que cette expression *le légataire à titre universel* comprend aussi le légataire *universel.* Dans notre ancien droit, on ne distinguait pas ces deux espèces de légataires; on employait indifféremment l'expression de *légataire à titre universel* ou celle de *légataire universel* pour désigner les légataires de l'universalité ou d'une fraction de l'universalité, et l'art. 871 a parlé le même langage : ce dont on ne peut guère blâmer le législateur; car, à l'époque où il écrivait l'art. 871, la distinction entre le légataire universel et le légataire à titre universel n'était pas encore législativement consacrée; elle ne l'a été que plus tard par les art. 1003 et 1010. — En second lieu, les mots *auprorata* veulent dire *proportionnellement à (pro rata parte emolumenti)* et non *jusqu'à concurrence de ;* on les a donc invoqués à tort pour soutenir que le légataire universel n'est tenu des dettes qu'*intra vires emolumenti,* indépendamment du bénéfice d'inventaire. — Enfin qu'est-ce que l'*émolument* dont parle notre texte ? La loi veut sans doute désigner par ce mot la fraction de l'universalité que le légataire recueille. — Bref l'article signifie que le légataire universel ou à titre universel contribue aux dettes proportionnellement à la part qu'il recueille dans l'universalité. Il supportera donc toutes les dettes s'il recueille l'universalité tout entière ; il en supportera un tiers, un quart... s'il n'est appelé à recueillir que cette fraction.

* La cour de cassation a fait une application exacte de ces principes dans l'espèce suivante : Un testateur avait légué tous ses meubles; il avait disposé en outre de quelques immeubles à titre particulier. Qui devait contribuer aux dettes, et dans quelle proportion ? Elles devaient se répartir entre le légataire à titre universel des meubles, et l'héritier qui succédait à l'universalité des immeubles, proportionnellement à la valeur des meubles comparée à celle des immeubles, et sans aucune déduction à raison des legs particuliers d'immeubles, dont l'universalité immobilière revenant à l'héritier se trouvait grevée. Cass., 30 avril 1884, Sir., 84. 1. 281.

N° 2. De l'obligation aux dettes.

287. Nous connaissons les règles de la contribution aux dettes : tout successeur universel supporte le passif héréditaire proportionnellement à la fraction de l'universalité qu'il est appelé à recueillir. Il va de soi que les créanciers héréditaires peuvent poursuivre chaque contribuable pour le paiement de sa part contributoire. S'ils n'avaient que ce droit, tout serait dit sur le droit de poursuite des créanciers. Mais il y a des cas dans lesquels un contribuable peut être poursuivi pour une part supérieure à sa part contributoire; il y en a d'autres dans lesquels les créanciers peuvent s'attaquer à d'autres qu'aux contribuables eux-mêmes. Nous devons étudier successivement ces deux hypothèses.

1. *Cas dans lesquels la part obligatoire d'un contribuable est supérieure à sa part contributoire.*

288. Ils sont prévus : 1° par l'art. 873; 2° par l'art. 1221; 3° par l'art. 1223.

289. Premier cas. — Aux termes de l'art. 873 : « *Les héritiers sont » tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur » part et portion virile, et hypothécairement pour le tout; sauf leur » recours, soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, » à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer* ».

= *Pour leur part et portion virile.* Les mots *part et portion* constituent un pléonasme évident; c'est peu de chose. Mais voici qui est plus grave : ici, comme dans l'art. 1475, le législateur confond la part *virile* avec la part *héréditaire*. Cette confusion, dont on trouve déjà des traces dans notre ancien droit, vient peut-être de ce que la part héréditaire est le plus souvent égale à la part virile; mais cela n'arrive pas toujours, et par conséquent il importait d'éviter la confusion. La part virile est celle qui est calculée *pro numero virorum;* ainsi, quand il y a deux héritiers, la part virile est de la moitié pour chacun, elle est du tiers s'il y en a trois, du quart s'il y en a quatre... *Viriles, id est æquales portiones,* dit le jurisconsulte Paul. La part *héréditaire,* au contraire, est celle pour laquelle chaque successible est appelé à l'hérédité; or cette part peut ne pas être la même pour tous : ainsi, quand la succession est dévolue au père et au frère du défunt, la part héréditaire du père est du quart, celle du frère, des trois quarts (art. 749), tandis que la part virile de chacun serait de la moitié. Cela posé il est manifeste que notre article entend parler de la part *héréditaire,* et qu'il a tort par conséquent d'employer l'expression *part virile.* L'erreur qu'il commet à cet égard serait au besoin rectifiée par l'art. 1220, qui dit en substance que les héritiers ne sont obligés de payer les dettes que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le débiteur. La loi veut donc dire que les créanciers de la succession peuvent poursuivre chaque héritier pour sa part *héréditaire;* et l'art. 1220 nous explique que la part héréditaire dont il s'agit ici, c'est la part pour laquelle l'héritier est saisi de la succession, la part pour laquelle il représente le défunt. Or, en le poursuivant dans cette mesure, ils le forceront quelquefois à payer plus que sa part contributoire. Ainsi le défunt a laissé deux enfants et un légataire à titre universel du tiers de ses biens; chaque enfant ne doit contribuer aux dettes que pour un tiers (*supra* n. 286), et cependant il pourra être poursuivi pour sa part héréditaire, c'est-à-dire pour la moitié, sauf son recours contre le légataire à titre universel. De même, un enfant légitime en concours avec un enfant naturel ne doit contribuer aux

dettes que pour cinq sixièmes; il pourra cependant être poursuivi pour la totalité, sauf son recours.

290. La proposition, qui vient d'être formulée, se résume à ceci : Lorsqu'il y a plusieurs successeurs universels, parmi lesquels se trouvent des héritiers légitimes, tous doivent contribuer aux dettes, et chacun dans la mesure de la quote-part du patrimoine qu'il est appelé à recueillir; les créanciers de la succession peuvent poursuivre chaque contribuable pour sa part contributoire, mais ils peuvent, s'ils le préfèrent, demander le tout aux héritiers légitimes, et forcer chacun d'eux à payer dans la mesure de la part pour laquelle il est saisi comme représentant le défunt, sauf son recours contre les autres contribuables. Outre l'argument tiré de l'art. 1220, on peut encore invoquer en faveur de cette solution l'art. 724, qui déclare les héritiers légitimes saisis *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges,* et l'autorité de notre ancien droit où elle était à peu près universellement admise. La question est cependant l'objet d'une vive controverse. Un parti important dans la doctrine soutient que les héritiers légitimes ne peuvent être poursuivis que pour leur part contributoire, *au moins quand ils ont fait aux successeurs irréguliers ou aux légataires la délivrance de la part qui leur revient;* car jusque-là on reconnaît qu'ils pourraient être poursuivis pour la totalité. Cette concession est déjà fort compromettante; car on comprendrait difficilement que le fait de la délivrance, auquel les créanciers de la succession demeurent complètement étrangers, pût avoir pour résultat de modifier leur situation à l'égard des héritiers légitimes, et de les réduire à un recours partiel contre ces héritiers, alors qu'ils avaient auparavant un recours intégral. Comme le dit fort bien Pothier (Successions, chap. V, art. 3, § 2), « la délivrance que les héritiers légitimes font aux légataires... ne les désoblige pas envers les créanciers de la succession ». Il s'en faut d'ailleurs de beaucoup que les arguments invoqués à l'appui de cette solution, soient concluants. On se fonde principalement : — 1° sur ce que les art. 1009 et 1012 donnent aux créanciers une action directe contre les légataires universels ou à titre universel. — Sans doute. Mais, de ce que les créanciers ont le droit de poursuivre directement les légataires, il ne s'ensuit pas qu'ils y soient obligés, et qu'ils n'aient pas le droit, s'ils le préfèrent, de s'adresser aux héritiers légitimes pour le tout. En d'autres termes, en accordant aux créanciers un nouveau débiteur, la loi ne décharge pas l'ancien ; il reste donc obligé. On l'entendait ainsi dans notre ancien droit coutumier ; — 2° sur ce que les art. 967 et 1002, qui ont abrogé la règle coutumière *Institution d'héritier n'a de lieu,* ont placé les *héritiers institués* (légataires universels ou à titre universel) sur la même ligne que les héritiers légitimes, à la saisine près. — Mais précisément le code civil, en refusant aux légataires (sauf l'exception établie en l'art. 1006) la saisine qu'il accorde aux héritiers légitimes, maintient la principale différence que notre ancien droit établissait entre les héritiers et les légataires, et il a dû vouloir maintenir aussi la conséquence qui en résultait relativement aux dettes ; — 3° enfin on invoque des considérations de convenance et d'équité, mais on peut se borner à les renvoyer au législateur.

* **291.** Dans notre ancien droit, le principe, que les héritiers légitimes peuvent être poursuivis dans la mesure de leur part héréditaire, souffrait une exception importante. Les successions étant déférées d'après la nature et l'origine des biens, tel héritier par exemple succédant aux propres et tel autre aux acquêts, il était souvent impossible de connaître *a priori* le *quantum* de la part héréditaire de chaque héritier, et par suite le montant de sa part contributoire dans les dettes; on ne pouvait y arriver que par le moyen d'une *ventilation,* qui déterminait la valeur comparative des biens auxquels succédaient les divers héritiers. Mais, comme cette opération pouvait traîner en longueur, on permettait aux créanciers, en attendant qu'elle

fût terminée, de poursuivre chaque héritier pour sa part *virile*, « sauf aux héritiers, dit Pothier, à se faire raison du plus ou du moins, lorsque les portions ont été constatées par la ventilation ». Quelques auteurs pensent que cette solution devrait encore être admise aujourd'hui, dans les cas exceptionnels où la loi considère l'origine des biens pour en régler la succession, c'est-à-dire dans les cas prévus par les art. 351, 747 et 766. En attendant que l'importance respective des parts héréditaires, revenant aux héritiers ordinaires et aux successeurs anomaux, soit déterminée par une ventilation, les créanciers pourraient poursuivre chacun d'eux pour sa part virile. Mais cette solution doit être rejetée comme n'ayant aucune base dans les textes.

292. Il n'existe aucune solidarité entre les héritiers pour le paiement des dettes et charges de la succession. Chacun n'est tenu que pour sa part, et ne peut pas être recherché pour celle des autres, alors même qu'ils seraient insolvables, et sauf le droit pour les créanciers de se prémunir contre les conséquences de cette insolvabilité, en demandant la séparation des patrimoines contre les créanciers de l'héritier insolvable. D'ailleurs l'héritier, qui a accepté purement et simplement, peut être poursuivi pour le paiement intégral de sa part dans les dettes et charges, alors même qu'elle excèderait la valeur des biens mis dans son lot, tandis que l'héritier, qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, ne peut être poursuivi pour la part mise à sa charge que jusqu'à concurrence de son émolument, et peut même échapper aux poursuites des créanciers en leur faisant l'abandon des biens qu'il a recueillis (art. 802).

293. Deuxième cas. Un des cohéritiers peut être poursuivi pour une part supérieure à sa part contributoire dans les diverses hypothèses prévues par l'art. 1221. Nous les retrouverons plus tard ; mais il y en a une qui doit attirer immédiatement notre attention, parce qu'il en est fait mention dans l'art. 873 : c'est celle où il s'agit d'une dette hypothécaire (arg. des mots « et hypothécairement pour le tout »). Il résulte des principes particuliers à l'hypothèque que le créancier hypothécaire a le droit de s'attaquer au détenteur, quel qu'il soit, de l'immeuble affecté à sa créance, et d'exiger de lui un paiement intégral, si mieux il n'aime délaisser l'immeuble, auquel cas le créancier en poursuit l'expropriation et se paie sur le prix. En un mot, le créancier hypothécaire peut dire au détenteur de son gage : *Aut cede aut solve ;* délaissez ou payez. Si donc, parmi les dettes de la succession, il y en a d'hypothécaires, tout héritier, qui aura obtenu dans son lot un immeuble hypothéqué, pourra être contraint indirectement à un paiement intégral, par dérogation à la règle d'après laquelle il n'est tenu que proportionnellement à sa part héréditaire, et sauf le recours dont il sera question plus loin.

* C'est bien à l'hypothèse dont il vient d'être parlé que l'art. 873 fait allusion par ces mots : *et hypothécairement pour le tout.* La loi suppose ici l'existence d'une hypothèque qui a pris naissance du chef du défunt. Notre texte ne doit donc pas être

considéré comme ayant été écrit en vue de créer, sur tous les immeubles de la succession, au profit des créanciers héréditaires, une hypothèque légale semblable à celle qu'établit l'art. 1017 en faveur des légataires. On n'en peut guère douter, quand on compare l'art. 873 avec l'art. 333 de la coutume de Paris, dont il est à peu près la reproduction : « Toutefois, s'ils sont détenteurs d'héritages qui aient appartenu au » défunt, *lesquels aient été obligés et hypothéqués à la dette par ledit défunt*, chacun » des héritiers est tenu de payer le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers ». L'art. 873 n'a pas voulu dire autre chose. Quand il dispose que les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout, il sous-entend : *si hypothèque il y a*. Nous expliquerons sous l'art. 1017 comment la loi a pu refuser aux créanciers une garantie qu'elle accorde aux légataires.

294. Troisième cas. — Enfin un des héritiers peut encore être poursuivi au delà de sa part contributoire, lorsqu'il s'agit d'une dette indivisible (art. 1223).

II. *Cas où les créanciers héréditaires peuvent s'attaquer à d'autres qu'aux contribuables pour obtenir leur paiement.*

295. L'art. 871 nous en indique un : après avoir dit que le légataire particulier ne contribue pas aux dettes, il ajoute : « sauf toute- » fois l'action hypothécaire sur l'immeuble légué ». C'est toujours une conséquence du principe que le créancier hypothécaire peut suivre son gage partout où il le trouve, et demander au détenteur un paiement intégral, si mieux il n'aime délaisser. Le légataire particulier d'un immeuble pourra se trouver ainsi indirectement contraint de payer une dette à laquelle il ne doit pas contribuer. Il en serait de même de tout autre détenteur.

III. *Recours contre les contribuables.*

296. Toutes les fois que l'équilibre de la contribution aux dettes aura été rompu par les poursuites des créanciers, soit qu'ils aient forcé un non contribuable à payer, soit qu'ils aient forcé un contribuable à payer plus que sa part contributoire, il y aura lieu de rétablir cet équilibre. Comment y parviendra-t-on ?

Il y a un moyen qui peut toujours être employé. Le non contribuable qui a payé, ou le contribuable qui a payé au delà de sa part contributoire a fait un paiement pour le compte d'autrui, pour le compte de celui ou de ceux qui devaient supporter définitivement la dette en tout ou en partie ; il pourra donc leur demander le remboursement de ce qu'il a payé à leur acquit, c'est-à-dire de leur part contributoire dans la dette ; il aura contre eux de ce chef une action personnelle, dite *de gestion d'affaire*.

Ce mode de procéder conduira quelquefois à des recours assez multipliés, les contribuables pouvant être nombreux. La subroga-

tion (1) fournira dans certains cas à celui qui a payé, un moyen plus facile de se faire rembourser, et aussi plus sûr ; car parmi les contribuables il peut y en avoir d'insolvables. On lit en effet dans l'art. 1251 : « La subrogation a lieu de plein droit :... 3° Au profit de celui qui, étant » tenu *avec d'autres* ou *pour d'autres* au paiement de la dette, avait » intérêt de l'acquitter ». — *Avec d'autres :* telle est bien la situation du contribuable qui a été forcé de payer une dette héréditaire au delà de sa part contributoire. — *Pour d'autres :* c'est la situation dans laquelle se trouve le non contribuable qui a été obligé de payer une dette héréditaire. L'un et l'autre sont donc subrogés aux droits du créancier, en vertu de notre texte.

297. Si c'est un non contribuable qui a payé, la subrogation produira son plein et entier effet en sa faveur. Il pourra donc, pour obtenir son remboursement, exercer tous les droits qui appartenaient au créancier. Ainsi une succession est déférée à deux héritiers, *Primus* et *Secundus;* il y a parmi les biens héréditaires deux immeubles, l'immeuble A et l'immeuble B, hypothéqués l'un et l'autre au profit d'un créancier du défunt pour une dette de 10,000 fr. ; l'immeuble A a été légué par le défunt à Pierre; l'immeuble B tombe par le partage dans le lot de *Primus;* le créancier hypothécaire agit contre Pierre, légataire de l'immeuble A, et celui-ci paie pour éviter l'expropriation. Il est subrogé au créancier; il pourra donc, pour obtenir son remboursement, exercer l'hypothèque qui appartenait au créancier sur l'immeuble B, et forcer *Primus,* détenteur de cet immeuble, à lui rembourser intégralement la dette, sauf son recours contre *Secundus,* si mieux il n'aime délaisser. C'est ce qui résulte de l'art. 874, ainsi conçu : « *Le légataire particulier qui a* » *acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé aux droits du* » *créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel* ».

298. Mais il n'en est plus ainsi, lorsqu'il s'agit d'un contribuable qui a payé au delà de sa part contributoire. Il est bien subrogé aux droits du créancier, mais la subrogation ne produit à son profit qu'un effet restreint : il ne peut jamais, comme subrogé, demander à chacun des autres contribuables que ce qu'il pourrait exiger s'il agissait par l'action personnelle qui lui appartient de son propre chef. En d'autres termes, le contribuable, qui a payé plus que sa part contributoire, peut bien, comme subrogé, exercer contre ses consorts les actions du créancier, mais seulement dans la mesure de leur part contributoire. On lit en effet dans l'art. 875 : « *Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a* » *payé au-delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres* » *cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit* » *personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la* » *dette se serait fait subroger aux droits des créanciers ; sans préjudice néanmoins* » *des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé* » *la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout autre* » *créancier* ».

Eclaircissons ce point par une espèce : Il y a trois héritiers pour portions égales, *Primus, Secundus* et *Tertius ;* la succession comprend trois immeubles, A, B et C, tous hypothéqués à la garantie d'une dette héréditaire de 30,000 fr. ; dans

(1) La subrogation est un bénéfice en vertu duquel celui qui a fait un paiement pour le compte d'autrui est mis au lieu et place du créancier, et peut par suite exercer tous les droits et actions de celui-ci pour obtenir son remboursement.

le partage, *Primus* obtient l'immeuble A, *Secundus* l'immeuble B et *Tertius* l'immeuble C. Au lieu de demander à chaque héritier sa part contributoire dans la dette, qui est de 10.000 fr., le créancier agit par l'action hypothécaire contre *Primus*, détenteur de l'immeuble A, et celui-ci paie les 30,000 fr. Il a donc payé 20,000 fr. de plus que sa part contributoire, et par suite il a contre ses consorts une action récursoire pour le montant de cette somme. Pourra-t-il, comme subrogé aux droits du créancier, la demander tout entière à l'un de ses cohéritiers, qui détiennent chacun un immeuble hypothéqué à la dette? Pourra-t-il s'attaquer à *Secundus*, par exemple, et lui dire : « Le créancier aurait pu vous demander un paiement intégral en agissant contre vous par l'action hypothécaire ; je suis subrogé dans ses droits, et par conséquent je vous demande, par l'action hypothécaire qui lui appartenait, la totalité de la créance, déduction faite de ma part, soit 20,000 fr., sauf votre recours contre *Tertius* pour 10,000 fr.? Non. Il pourra bien, comme subrogé, exercer l'action hypothécaire contre *Secundus;* mais il ne pourra lui demander par cette action que ce qu'il pourrait lui demander par l'action personnelle qui lui appartient de son chef, c'est-à-dire 10,000 fr. Et il en sera ainsi, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger conventionnellement dans les droits du créancier, la subrogation conventionnelle ne pouvant pas avoir plus d'effet que la subrogation légale C'est là ce que signifie probablement cette phrase assez obscure de notre article : « même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait » fait subroger aux droits des créanciers ».

Primus ne pourra donc agir, soit de son propre chef, soit comme subrogé, que pour 10,000 fr., contre chacun de ses deux consorts, *Secundus* et *Tertius*. Supposons que l'un des deux, *Tertius* par exemple, soit insolvable, et que tout recours contre lui soit inutile ; la perte résultant de cette insolvabilité devra être répartie proportionnellement entre tous les cohéritiers solvables, y compris celui qui a fait le paiement. Donc, dans l'espèce proposée, *Primus*, qui a payé les 30,000 fr., pourra recourir contre *Secundus* pour 15,000 fr. C'est ce que dit l'art. 876 : « *En cas d'in-* » *solvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans la* » *dette hypothécaire est répartie sur tous les autres, au marc le franc* ».

= *Au marc le franc*. Ou *au sol la livre*, comme disaient nos anciens, c'est-à-dire proportionnellement à la part contributoire de chacun.

Cet article nous donne la clé du précédent. La principale utilité que présenterait, pour le cohéritier qui a payé toute la dette hypothécaire, un recours intégral contre un seul de ses cohéritiers, détenteur d'un immeuble hypothéqué à la même dette, serait de le mettre à couvert contre l'insolvabilité des autres ; or précisément il ne peut pas obtenir ce résultat. D'un autre côté, les cohéritiers se doivent réciproquement la *garantie* (art. 884) ; or *qui doit garantir ne peut évincer;* un cohéritier doit donc s'abstenir à l'égard de ses cohéritiers de tout acte équivalant à une éviction. Tel serait précisément le caractère de l'action récursoire, que l'un des cohéritiers, après avoir payé toute la dette, exercerait contre un autre cohéritier, pour une part supérieure à sa part contributoire. C'est plus qu'il n'en faut pour justifier la limitation que la loi apporte ici aux effets ordinaires de la subrogation, lorsqu'elle se produit au profit d'un cohéritier, et plus généralement d'un contribuable qui a payé plus que sa part. Les mêmes raisons n'existaient pas pour le légataire particulier, et d'une manière générale pour le non contribuable qui a payé une dette héréditaire; aussi la loi lui applique-t-elle le droit commun de la subrogation.

* **299.** La disposition finale de l'art. 875 est d'une obscurité compacte. Nous la transcrivons de nouveau : « sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier » qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le » paiement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier ». Parmi les

diverses explications qui en ont été proposées, voici celle qui nous paraît le plus plausible. Un des héritiers a une créance hypothécaire contre le défunt; il accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, et l'immeuble hypothéqué à sa créance tombe dans le lot d'un de ses cohéritiers. Il pourra agir contre ce dernier par l'action hypothécaire, et exiger de lui, si mieux il n'aime délaisser, le paiement intégral de sa créance, déduction faite toutefois de la part qu'il doit lui-même supporter dans la dette comme héritier bénéficiaire; il pourra donc agir hypothécairement pour tout ce qui excède sa part contributoire dans la dette, et même pour tout ce qui excède son émolument, en supposant qu'il soit inférieur à sa part contributoire.

Si tel est le sens de notre disposition, il en résulterait par argument *a contrario* que l'héritier pur et simple, créancier hypothécaire du défunt, ne pourrait poursuivre chacun de ses cohéritiers, même celui qui détient l'immeuble hypothéqué à sa créance, que pour sa part contributoire dans la dette. Cette solution, qui nous paraît très exacte, peut d'ailleurs se justifier par les mêmes motifs que celle qui est contenue dans l'art. 875 1re partie.

IV. *Hypothèse particulière prévue par l'art.* 872.

300. « *Lorsque des immeubles d'une succession sont grevés de rentes par hypothèque spéciale, chacun des cohéritiers peut exiger que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots. Si les cohéritiers partagent la succession dans l'état où elle se trouve, l'immeuble grevé doit être estimé au même taux que les autres immeubles; il est fait déduction du capital de la rente sur le prix total; l'héritier dans le lot duquel tombe cet immeuble, demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers* » (art. 872).

Pour éclaircir ce texte, prenons une espèce. Le défunt était débiteur d'une rente perpétuelle, garantie par une hypothèque portant sur l'immeuble A, et dont les arrérages s'élevaient à 3,000 fr. par an; il laisse trois héritiers. L'application des règles du droit commun aurait conduit aux résultats suivants. Comme toutes les autres dettes de la succession, la rente se serait divisée entre les trois héritiers proportionnellement à leurs parts héréditaires, c'est-à-dire dans l'espèce par portions égales; chacun des héritiers, débiteur du tiers de la rente, aurait donc dû contribuer chaque année au paiement des arrérages pour un tiers, soit 1,000 fr., et aurait pu être poursuivi par le crédi-rentier dans cette mesure. Mais le crédi-rentier aurait rarement divisé son action entre les divers héritiers; car, son hypothèque lui permettant d'agir pour le tout contre celui dans le lot duquel est tombé l'immeuble hypothéqué, il n'eût guère manqué d'user de ce droit qui lui permet d'obtenir un paiement plus facile et plus prompt. Régulièrement donc, il serait arrivé que l'héritier détenteur de l'immeuble affecté au service de la rente aurait été forcé d'en payer chaque année intégralement les arrérages, sauf son recours contre ses cohéritiers; et, la rente étant perpétuelle, cet inconvénient se serait reproduit indéfiniment, et aurait même pu s'aggraver beaucoup au cas où l'un des cohéritiers serait venu à mourir laissant plusieurs héritiers entre lesquels se serait divisée son obligation.

Notre article indique deux moyens pour remédier à cet état de choses. Le premier consiste dans le remboursement de la rente : « chacun des cohéritiers », dit la loi, « peut exiger que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus libres » avant qu'il soit procédé à la formation des lots ». Le législateur suppose ici, sans le dire, que le remboursement de la rente est possible. Dans le cas contraire, qui peut se présenter si l'on se trouve encore dans le délai (de trente ans, art. 530 al. 3, ou de dix ans, art. 1911 al. 2) pendant lequel la rente a été stipulée irrachetable,

on ne pourra avoir recours qu'au deuxième moyen qui est indiqué par la partie finale de notre article. L'immeuble hypothéqué au service de la rente ne sera compris dans le partage que pour sa valeur déduction faite du capital de la rente, et l'héritier, dans le lot duquel il tombera, sera seul chargé du service de la rente. Ainsi, dans notre espèce, en supposant que l'immeuble affecté au service de la rente ait une valeur de 100,000 fr. et que le capital de la rente soit de 60,000 fr., l'immeuble ne sera compris dans le partage que pour 40,000 fr., et l'héritier qui l'obtiendra dans son lot demeurera seul chargé du service de la rente. Il recevra ainsi, en sus de la part que reçoivent ses cohéritiers, un capital suffisant pour le service des arrérages, puisqu'on lui donne pour 40,000 fr. un immeuble qui en vaut 100,000, et cette bonification compensera la charge qu'on lui impose.

Et toutefois, le crédi-rentier demeurant complètement étranger au règlement que font ainsi les cohéritiers, ce règlement ne peut porter aucune atteinte à ses droits. Il conservera donc la faculté, que le droit commun lui accorde (art. 1220), de demander chaque année à chacun des cohéritiers sa part des arrérages de la rente. C'est en vue de cette éventualité, peu probable d'ailleurs, et qui, si elle se réalise, donnera lieu à un recours contre le cohéritier chargé seul du service de la rente, que notre article oblige celui-ci à « en garantir ses cohéritiers ».

301. L'art. 872 étant conçu dans les termes les plus généraux, sa disposition s'applique à toutes les rentes perpétuelles soit foncières, soit constituées. Mais il est sans application possible aux rentes *viagères,* hypothéquées sur un ou plusieurs immeubles héréditaires. En effet, d'une part les rentes viagères ne sont pas remboursables (art. 1979) : ce qui rend impossible l'emploi du premier moyen qu'indique notre article; et d'autre part on manque de base certaine pour l'évaluation du capital de la rente : ce qui ne permet pas de songer au second moyen. D'ailleurs, la rente viagère étant temporaire, l'application du droit commun ne présentait pas ici des inconvénients aussi graves que pour les rentes perpétuelles, et on conçoit que le législateur n'ait pas senti le besoin d'y déroger.

* **302.** Notre article parle du cas où l'hypothèque qui garantit le service de la rente est une hypothèque *spéciale;* serait-il applicable aussi à l'hypothèse d'une rente garantie par une hypothèque *générale?* Notons d'abord que le cas sera infiniment rare. L'hypothèque, garantissant le service de la rente, sera presque toujours conventionnelle ; or, si dans notre ancien droit l'hypothèque conventionnelle pouvait être générale, elle est nécessairement spéciale d'après le code civil, qui a reproduit sur ce point (art. 2129) les dispositions de la loi du 11 brumaire an VII. On peut cependant supposer que le défunt a été déclaré débiteur d'une rente par un jugement, auquel cas la rente se trouvera garantie par une hypothèque *judiciaire,* donc par une hypothèque *générale,* portant sur tous les immeubles de la succession (arg. art. 2123 al. 2). L'art. 872 serait-il alors applicable ? La négative paraît bien résulter de la nature exceptionnelle de la disposition qui nous occupe. On ne saurait nier qu'elle déroge au droit commun ; or *exceptio est strictissimæ interpretationis.*

La doctrine, qui accepte en général cette déduction, en ce qui concerne l'emploi du deuxième moyen autorisé par l'art. 872, la repousse quant au premier, consistant dans le remboursement de la rente. On se fonde principalement, pour le décider ainsi, sur les travaux préparatoires de la loi, et sur l'impossibilité où l'on se trouverait d'expliquer rationnellement la limitation de l'emploi du premier moyen au cas où la rente est garantie par une hypothèque spéciale.

V. *De l'effet, à l'égard des héritiers, des titres exécutoires contre le défunt.*

303. Un titre exécutoire est celui qui est revêtu de la formule exécutoire : « ... le » président de la république mande et ordonne, etc. ». Les parties intéressées peuvent

en obtenir l'exécution sur simple réquisition et sans l'intervention de la justice. Le titre exécutoire est donc prêt pour l'exécution, *paratus ad executionem :* d'où le nom de titre *paré* qu'on lui donne quelquefois. On tenait pour principe dans notre ancien droit coutumier que « Toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé ». S'inspirant de cette ancienne maxime, l'art. 194 du projet disposait : « Dans aucun cas les » créanciers ne pourront exercer de poursuites contre l'héritier personnellement, » avant d'avoir fait déclarer exécutoires contre lui les titres qu'ils avaient contre le » défunt ». Un jugement était donc nécessaire pour rendre exécutoires contre l'héritier les titres exécutoires contre le défunt. Le tribunat fit observer avec raison que, l'héritier étant mis au lieu et place du défunt, pour ses obligations comme pour ses droits, les titres devaient conserver à l'égard des héritiers la force exécutoire qu'ils avaient contre le défunt, que par suite le besoin d'une intervention judiciaire ne se faisait nullement sentir, et qu'elle n'aurait d'autre résultat que d'entraîner des frais inutiles et frustratoires, qu'à la vérité l'héritier pouvait ignorer l'existence des titres exécutoires contre le défunt, mais qu'il suffisait pour les porter à sa connaissance de les lui signifier et de lui accorder un délai de grâce à compter de la signification.

Ces observations ont porté leur fruit, et l'art. 194 du projet a été remplacé par la disposition suivante qui est devenue l'art. 877 du code civil : « *Les titres exécutoires » contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement; » et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours » après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier* ».

En résumé, les créanciers peuvent agir contre l'héritier de la même manière que contre le défunt, c'est-à-dire soit par voie d'action, soit par voie d'exécution, suivant les cas, et sauf, dans cette dernière hypothèse, la nécessité de la signification dont parle l'art. 877. Cette signification, dont les frais sont à la charge des héritiers (Grenoble, 2 février 1884, Sir., 85. 2. 118) peut être faite pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, car elle n'est qu'un préliminaire de l'exécution ; mais l'exécution elle-même devrait être suspendue jusqu'à l'expiration de ces délais, si l'héritier oppose l'exception dilatoire.

§ II. *De la séparation des patrimoines.*

304. L'acceptation pure et simple d'une succession entraîne la confusion des biens et des dettes du défunt avec les biens et les dettes de l'héritier. Désormais les biens du défunt ne se distinguent plus de ceux de l'héritier : tous appartiennent à un même propriétaire. Les créanciers du défunt ne se distinguent pas non plus des créanciers personnels de l'héritier : tous ont désormais le même débiteur et par conséquent le même gage (art. 2092). En un mot les deux patrimoines du défunt et de l'héritier sont confondus.

Cette confusion peut, suivant les circonstances, être préjudiciable, soit à l'héritier, soit aux créanciers de la succession.

A l'héritier, si le passif de la succession se trouve excéder l'actif ; car il devra dans ce cas sacrifier une partie de ses biens personnels pour payer les dettes de la succession, dont il est tenu *ultra vires.* Que l'héritier ne se plaigne pas ! Il avait en effet un moyen de se soustraire à cette responsabilité indéfinie : l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Aux créanciers de la succession, lorsque l'héritier est insolvable. Ainsi le défunt a laissé 100,000 fr. de biens et 100,000 fr. de dettes ; il est donc mort solvable. Sa succession échoit à un héritier, qui a 100,000 fr. de dettes et ne possède aucuns biens. Si cet héritier accepte purement et simplement, la confusion des biens et des dettes amènera le résultat suivant : 100,000 fr. de biens, pour faire face à 200,000 fr. de dettes ; les créanciers de la succession ne recevront donc que 50 °/₀ du montant de leurs créances (arg. art. 2093). A ce nouveau mal notre législateur apporte un nouveau remède : il permet aux créanciers de la succession de demander la *séparation des patrimoines* (art. 878), qui fera cesser dans leur intérêt la confusion résultant de l'acceptation pure et simple. Les créanciers, qui usent de ce bénéfice, demandent qu'on les traite comme si leur débiteur vivait encore, qu'on reconstitue par conséquent le patrimoine du défunt, qu'on l'isole de celui de l'héritier, qu'on opère le *triage* des biens du défunt, mêlés avec ceux de l'héritier, et qu'on les autorise à se payer sur les premiers par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Etait-il juste en effet que les créanciers d'un débiteur mort solvable perdissent une partie de leurs créances à cause de l'insolvabilité de son héritier ?

Les légataires peuvent éprouver également, par suite de l'acceptation pure et simple d'un héritier insolvable, un préjudice analogue à celui dont nous venons de parler. Aussi, au titre *Des privilèges et hypothèques* (art. 2111), le législateur a-t-il étendu aux légataires le bénéfice de la séparation des patrimoines, qu'il avait accordé aux créanciers seulement dans le titre *Des successions*.

La séparation des patrimoines peut donc être définie : un bénéfice légal, qui a pour résultat de prévenir ou de faire cesser la confusion des patrimoines, résultant de l'acceptation pure et simple de l'héritier, et de permettre à tout créancier héréditaire et à tout légataire de se faire payer sur les biens du défunt par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

305. La séparation des patrimoines et le bénéfice d'inventaire ont le même but : empêcher la confusion des biens et des dettes, que produit l'acceptation pure et simple. Cela posé, on pourrait être tenté de croire que la séparation des patrimoines obtenue par les créanciers héréditaires rend le bénéfice d'inventaire inutile pour l'héritier, et qu'en sens inverse l'acceptation sous bénéfice d'inventaire faite par l'héritier rend la séparation des patrimoines inutile pour les créanciers. Or la première déduction serait certainement erronée, et la deuxième est contestable.

D'abord il est certain que l'héritier peut avoir intérêt à accepter sous bénéfice d'inventaire, bien que les créanciers héréditaires aient obtenu la séparation des patrimoines ; car, ainsi que nous le verrons plus loin, la séparation des patrimoines n'empêche pas l'héritier qui accepte purement et simplement de se trouver personnellement obligé envers les créanciers héréditaires, de sorte que ceux-ci peuvent,

après avoir épuisé les biens de la succession, se retourner contre lui. L'héritier n'a qu'un moyen de prévenir ce danger, c'est d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

En sens inverse, les créanciers du défunt ont-ils intérêt à demander la séparation des patrimoines, lorsque l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire? D'après une jurisprudence constante, approuvée par la grande majorité des auteurs, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire entraîne de plein droit la séparation des patrimoines au profit des créanciers de la succession et des légataires, indépendamment de toute demande formée par ceux-ci, et même indépendamment de l'inscription prescrite par l'art. 2111; ce dernier point toutefois est plus douteux. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire produit donc un double effet : bénéfice d'inventaire pour l'héritier ; séparation des patrimoines pour les créanciers et pour les légataires; ce deuxième effet est une conséquence du premier. Maintenant on sait que le bénéfice d'inventaire n'est pas irrévocable : l'héritier peut y renoncer expressément ou tacitement (*supra* n. 208). Si cette éventualité se réalise, les créanciers perdront-ils le bénéfice de la séparation des patrimoines? En d'autres termes, la conservation de la séparation des patrimoines qui résulte pour les créanciers du bénéfice d'inventaire, est-elle subordonnée au maintien de ce bénéfice? La question semblerait bien devoir être résolue affirmativement. Le bénéfice d'inventaire a été introduit exclusivement en faveur de l'héritier; il doit donc en être maître absolu; et par suite, s'il y renonce expressément ou tacitement, tous les effets de ce bénéfice devront cesser, conformément à la règle *Cessante causa cessat effectus,* aussi bien ceux qu'il avait produits en faveur des créanciers héréditaires que ceux qu'il avait produits au profit de l'héritier. S'il en était ainsi, on conçoit qu'il ne serait pas inutile aux créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire et aux légataires de demander la séparation des patrimoines et de remplir la formalité prescrite par l'art. 2111, en vue du cas où l'héritier perdrait ultérieurement son bénéfice d'inventaire ; car il serait peut-être trop tard alors pour se mettre en règle. Dans la pratique, la prévoyance des créanciers héréditaires et des légataires ne va pas aussi loin; ils ne songent guère à demander la séparation des patrimoines en face d'une acceptation bénéficiaire qui la produit de plein droit; ils ne redoutent pas l'éventualité, assez peu probable, il faut en convenir, de la perte du bénéfice d'inventaire par l'héritier. Cette circonstance, toute de fait, n'a probablement pas été sans influence sur la direction, qu'ont suivie la jurisprudence, et, après elle, la majorité des auteurs, au sujet de la question qui nous occupe. On fait survivre à la perte du bénéfice d'inventaire la séparation des patrimoines qu'il avait produite au profit des créanciers, et on justifie tant bien que mal, plutôt mal que bien, à notre avis, cette solution, en disant que la séparation des patrimoines résultant de l'acceptation bénéficiaire constitue un droit acquis pour les créanciers héréditaires et les légataires, droit dont ils ne peuvent pas être privés par le fait de l'héritier bénéficiaire qui renonce à son bénéfice.

306. Historique. — La séparation des patrimoines tire son origine du droit romain, où les préteurs l'introduisirent sous le nom de *separatio bonorum,* bien avant l'institution du bénéfice d'inventaire, pour corriger la rigueur du droit civil, *corrigendi juris civilis gratia.* La séparation des patrimoines fut admise dans notre ancien droit français; mais elle y reçut de profondes modifications. De là elle passa dans la loi du 11 brumaire de l'an VII (art. 14). Notre législateur a consacré à la séparation des patrimoines quatre articles au titre *Des successions* (art. 878 à 881), et un au titre *Des privilèges et hypothèques* (art. 2111); il lui a conservé les principaux caractères qu'elle avait dans notre ancien droit. Cpr., Cass., 11 janvier 1882, Sir., 84. 1. 317.

I. *Par qui la séparation des patrimoines peut être demandée.*

307. La séparation des patrimoines peut être demandée par tout créancier de la succession et par tout légataire.

a. Par tout créancier de la succession. « *Ils* [les créanciers du défunt] » *peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier* [de l'héri- » tier], *la séparation du patrimoine du defunt d'avec le patrimoine de* » *l'héritier* » (art. 878). Cpr. art. 2111. Cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux ; la séparation des patrimoines peut donc être demandée par un créancier à terme ou conditionnel, aussi bien que par celui dont la créance est pure et simple, par un créancier privilégié ou hypothécaire, aussi bien que par un créancier chirographaire.

Sans doute, c'est principalement aux créanciers chirographaires que la séparation des patrimoines sera utile, car ce sont eux qui ont le plus à redouter les conséquences de la confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier ; mais notre institution peut offrir aussi un utile secours aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, notamment dans le cas où leur privilège ou hypothèque ne leur permet pas d'arriver en ordre utile ou ne le leur permet qu'en partie. D'ailleurs, les créanciers privilégiés ou hypothécaires n'ont pas besoin de la séparation des patrimoines pour pouvoir opposer leur privilège ou leur hypothèque aux créanciers personnels de l'héritier.

Mais ce sont seulement les créanciers *de la succession* qui peuvent demander la séparation des patrimoines ; le même droit n'appartient pas aux créanciers personnels de l'héritier. « *Les créanciers de l'héri-* » *tier* », dit l'art 881, « *ne sont point admis à demander la séparation* » *des patrimoines contre les créanciers de la succession* ».

Dans notre ancien droit, la pratique avait admis en général une solution contraire. Mais, dit M. Demolombe. Lebrun, tout en reconnaissant « qu'on vivait ainsi au palais », voyait là seulement « quelque coutume ou mauvaise tradition, et Pothier était du même avis. Leur opinion, conforme au droit romain, a passé dans l'art. 881.

Et cependant, la confusion des patrimoines résultant de l'acceptation pure et simple peut nuire aux créanciers de l'héritier. Qu'on suppose un débiteur qui a 100,000 fr. de biens et 100,000 fr. de dettes ; ce débiteur accepte purement et simplement une succession à lui échue, dans laquelle il y a 100,000 fr. de dettes et un actif nul. La confusion des patrimoines va faire perdre 50 °/₀ aux créanciers de l'héritier, qui seraient payés intégralement s'ils pouvaient demander la séparation des patrimoines. Pourquoi leur refuse-t-on le droit de l'invoquer, puisqu'on l'accorde dans des conditions analogues aux créanciers de la succession? — La situation n'est pas tout à fait la même. C'est par le fait de leur débiteur, qui a accepté une succession obérée, que les créanciers personnels de l'héritier éprouvent ici un préjudice ; or, comme le dit fort bien Ulpien, « *licet alicui, adjiciendo sibi creditorem*

creditoris sui facere deteriorem conditionem». Les créanciers de l'héritier ont suivi sa foi, en traitant avec lui sans exiger aucune garantie; ils doivent subir le concours de tous les nouveaux créanciers qu'il plaira à leur débiteur de se donner, le cas de fraude excepté; or il se donne de nouveaux créanciers, en acceptant purement et simplement la succession. Au contraire, ce n'est pas par le fait de leur débiteur, qui est aujourd'hui décédé, mais par celui de son héritier, que la situation des créanciers du défunt se trouve empirée, lorsque la succession est acceptée par un héritier insolvable. C'est bien assez qu'un créancier soit à la merci de son débiteur, sans qu'il soit en outre à la merci de son héritier, qu'il ne connaît pas. On s'explique ainsi que la loi accorde aux créanciers du défunt la séparation des patrimoines, qui est une sorte de *restitution* contre le fait de l'*héritier* de leur débiteur, tandis qu'elle la refuse aux créanciers de l'héritier, parce qu'elle constituerait pour eux une restitution contre le fait de leur *débiteur* lui-même. Ils n'auraient que le droit de faire annuler l'acceptation de leur débiteur, s'ils parvenaient à démontrer qu'elle a été faite *en fraude de leurs droits*. Arg. art. 1167.

b. La séparation des patrimoines peut aussi être demandée par les légataires (art. 2111). A bien dire, ce sont des créanciers, non du défunt, sans doute, qui n'a jamais été obligé envers eux, mais de la succession. Il s'agit seulement des légataires particuliers; car les légataires universels ou à titre universel sont *loco heredum*, et n'ont pas plus besoin de la séparation des patrimoines dans leurs rapports avec les héritiers que les héritiers eux-mêmes dans leurs rapports les uns avec les autres.

308. Chaque créancier et chaque légataire a le droit *individuel* de demander la séparation des patrimoines : ce qui ne les empêche pas de s'entendre pour la demander collectivement. Ils peuvent donc, à leur choix, agir individuellement ou collectivement. Il en était ainsi dans notre ancien droit; en droit romain, au contraire, la séparation des patrimoines était une mesure collective, *communis cautio*.

II. *Contre qui la séparation des patrimoines doit être demandée.*

309. La séparation des patrimoines doit être demandée, non contre l'héritier, mais contre ses créanciers. D'ailleurs elle peut être invoquée même contre ceux dont la créance mérite le plus de faveur, par exemple contre un créancier privilégié ou hypothécaire, *contre tout créancier*, dit l'art. 878. Tout créancier de la succession, même le moins favorable, peut demander la séparation des patrimoines contre un créancier quelconque de l'héritier, fût-ce le plus favorable.

* Par le moyen de la séparation des patrimoines, un créancier quelconque du défunt peut combattre les prétentions de toute personne qui, en qualité de créancier

de l'héritier, se prévaut de la confusion des patrimoines produite par l'acceptation pure et simple. Un créancier héréditaire peut donc avoir besoin de l'invoquer contre un autre créancier héréditaire ou contre un légataire qui, acceptant la qualité de créancier personnel de l'héritier, que lui donne l'acceptation pure et simple, vient élever quelque prétention sur les biens de la succession.

* Ainsi l'héritier a consenti une hypothèque sur un bien de la succession au profit d'un créancier du défunt ; celui-ci veut, en vertu de cette hypothèque, se faire payer sur le prix de l'immeuble par préférence aux autres créanciers du défunt. Ces derniers ne pourront l'en empêcher qu'en demandant contre lui la séparation des patrimoines et en prenant inscription sur l'immeuble dans le délai déterminé par l'art. 2111.

* De même, un légataire, qui accepte les effets de la confusion produite par l'acceptation pure et simple de l'héritier, se présente comme créancier personnel de celui-ci pour être payé sur le prix d'un bien héréditaire en concurrence avec les créanciers du défunt. Ceux-ci ne pourront l'écarter et se faire payer par préférence à lui, qu'à la condition de demander contre lui la séparation des patrimoines. S'ils ne la demandaient pas, ils seraient considérés, eux aussi, comme créanciers personnels de l'héritier, et devraient subir le concours du légataire qui a le même titre; car les créanciers d'un même débiteur sont payés par concurrence (art. 2093). Au contraire, s'ils demandent la séparation des patrimoines, ils seront considérés comme créanciers du défunt, non de l'héritier, et seront payés par préférence au légataire en vertu de la règle *Nemo liberalis nisi liberatus.*

310. D'ailleurs la séparation des patrimoines peut être demandée, soit contre tous les créanciers de l'héritier collectivement, soit individuellement contre un seul ou quelques-uns. Et s'il y a plusieurs héritiers, la séparation peut être demandée contre les créanciers de celui-ci, sans l'être contre les créanciers de celui-là ; car on comprend que le besoin de la séparation des patrimoines ne se fait sentir qu'à l'égard des créanciers des héritiers insolvables. En un mot, il est vrai de dire, au point de vue passif comme au point de vue actif, que la séparation des patrimoines constitue une mesure soit individuelle, soit collective.

III. *A quels biens s'applique la séparation des patrimoines.*

311. Elle peut être demandée, ainsi que son nom l'indique, relativement à tous les biens composant le patrimoine du défunt : biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, peu importe (1),

(1) Il y a lieu d'excepter toutefois les rentes sur l'Etat appartenant au défunt. En effet, si les créanciers héréditaires pouvaient demander la séparation des patrimoines en ce qui concerne ces rentes, ils arriveraient par ce moyen à les saisir pour se payer sur le prix, au préjudice de l'héritier qui en est devenu propriétaire; or les rentes sur l'Etat sont déclarées insaisissables pour le capital et pour les arrérages par les lois des 8 nivôse an VI et 22 floréal an VII. Cpr. Paris, 2 mai 1878 s. cass., Sir., 81. 1. 118. — D'ailleurs il ne faut pas exagérer la portée du principe que les rentes sur l'Etat sont insaisissables. Il ne signifie pas que les créanciers ne puissent en aucun cas faire vendre des rentes sur l'Etat appartenant à leur débiteur, mais seulement que leur poursuite doit échouer lorsqu'elle revêt la forme de la saisie-arrêt. Les lois précitées interdisent seulement la saisie-arrêt, et une disposition de ce genre comporte bien évidemment l'interprétation restrictive. Ainsi un créancier, qui a reçu en gage un titre de rente sur l'Etat (l'art. 832 al. 3 C. pr. autorise formellement une semblable constitution de gage) peut en provoquer la vente pour obtenir son paiement. De même les syndics d'une faillite peuvent procéder, dans l'intérêt de la masse des créanciers, à l'aliénation des titres de rente du failli qui se trouvent entre leurs mains par suite du dessaisissement de celui-ci. Paris, 19 janvier 1886, Sir., 87. 2. 1.

relativement à tous les biens en un mot qui font partie de l'hérédité.

La séparation des patrimoines est donc une action universelle, *judicium universale*. D'où il faut conclure (mais ces deux déductions sont contestées) que la séparation des patrimoines s'applique : 1° aux fruits produits par les biens héréditaires depuis l'ouverture de la succession, *fructus augent hereditatem;* 2° à la créance du prix des biens héréditaires vendus par l'héritier, *in judiciis universalibus pretium succedit loco rei, et res loco pretii.* Nous disons *à la créance du prix;* car, si le prix avait été payé à l'héritier, il se serait confondu avec ses autres biens, et la séparation des patrimoines ne pourrait plus l'atteindre (*infra* n. 314).

Mais la séparation des patrimoines serait sans application aux biens qui rentreraient dans la succession par suite du rapport ou de la réduction. En effet ces biens avaient définitivement cessé de faire partie du patrimoine du défunt, pour ses créanciers comme pour lui ; s'ils rentrent dans la succession, c'est seulement à l'égard des héritiers. Les créanciers ne peuvent donc élever sur eux aucune prétention (arg. art. 857 et 921).

Il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette proposition, que la séparation des patrimoines est une action universelle. Elle signifie que la séparation des patrimoines est applicable à tous les biens de la succession, mais non qu'elle doive nécessairement s'appliquer à tous. En d'autres termes, la séparation des patrimoines n'est pas nécessairement, comme pourrait le faire croire son nom, une mesure d'ensemble, applicable à tous les biens qui composent le patrimoine du défunt; les créanciers pourraient fort bien la demander relativement à certains biens héréditaires seulement. Elle est universelle *en droit,* mais elle ne l'est pas nécessairement *en fait.*

IV. *Formalités à remplir pour o btenir la séparation des patrimoines.*

12. La séparation des patrimoines n'a pas lieu de plein droit; elle doit être *demandée*. Ce mot est écrit dans les art. 878, 881 et 2111, et il paraît bien faire allusion ici comme ailleurs (voyez notamment art. 1153) à une *demande judiciaire*. L'art. 880 parle même d'une *action :* ce qui est encore plus significatif. Tel était d'ailleurs notre ancien droit : « C'est au juge, dit Pothier, que les créanciers s'adressent pour obtenir la séparation des patrimoines » ; et il est peu probable que notre législateur ait voulu innover sur ce point.

D'ailleurs, la séparation des patrimoines peut être demandée, non seulement par action principale, mais aussi par voie incidente, sous forme d'exception opposée à la demande en collocation des créanciers de l'héritier sur le prix d'un bien héréditaire. Ainsi les créanciers du défunt font vendre un bien héréditaire; un ordre s'ouvre sur le prix, et un ou plusieurs créanciers de l'héritier y produisent et demandent à être colloqués. Les créanciers de la succession les écarteront en leur opposant par voie d'exception la séparation des patrimoines.

Aucune autre formalité n'est requise pour l'exercice du bénéfice de séparation des patrimoines, relativement aux meubles de la succession.

En ce qui concerne les immeubles, la loi exige en outre, pour la conservation complète du bénéfice, une inscription, qui doit être prise dans le délai de six mois à compter de l'ouverture de la succession. V. art. 2111.

V. *Comment se perd le droit de demander la séparation des patrimoines.*

313. Parmi les causes qui entraînent la perte du droit de demander la séparation des patrimoines, il y en a qui sont communes aux meubles et aux immeubles, d'autres qui sont spéciales aux meubles.

314. A. *Causes communes aux meubles et aux immeubles.* — Elles sont au nombre de deux :

1° Le droit de demander la séparation des patrimoines, et même celui d'en profiter quand elle a été demandée, se perdent par la renonciation des intéressés. Conformément au droit commun, cette renonciation peut être expresse ou tacite. Nous n'avons rien à dire de la renonciation expresse. Quant à la renonciation tacite, elle est régie par l'art. 879, ainsi conçu : « *Ce droit ne peut cependant plus être* » *exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par* » *l'acceptation de l'héritier pour débiteur* ».

La séparation des patrimoines a pour but d'empêcher la confusion des biens et des dettes, qui résulte de l'acceptation pure et simple. Le créancier ou le légataire, qui ratifie cette confusion, renonce donc implicitement au droit de demander la séparation des *patrimoines,* et il est censé la ratifier quand il accepte l'héritier pour débiteur. Tel est le sens de notre article.

La *novation* est la transformation d'une ancienne dette en une nouvelle. Cette transformation peut résulter du changement d'un des éléments essentiels de l'obligation : le créancier, le débiteur ou la chose due (art. 1271).

Au premier abord, on pourrait croire que la novation, dont parle l'art. 879, est une novation par changement de débiteur. Elle consiste, dit notre article, dans l'acceptation de l'héritier pour débiteur; or cette acceptation semble bien changer le débiteur, qui est désormais l'héritier, au lieu d'être le défunt. Mais ce n'est là qu'une fausse apparence ; car, au point de vue du droit, le débiteur reste le même, l'héritier n'étant que le continuateur de la personne du défunt, *heres et defunctus una eademque persona esse intelliguntur.* Il ne s'agit donc pas d'une novation par changement de débiteur; et, comme d'autre part il ne s'agit certainement pas d'une novation par changement de créancier ou d'objet dans la dette, puisque le créancier et la chose due restent les mêmes, il en résulte que la novation dont parle notre article n'est nullement celle dont s'occupent les art. 1271 et s. C'est une novation tout à fait spéciale à la matière qui nous occupe. Elle consiste, nous l'avons dit, dans la confirmation de l'état de choses créé par l'acceptation pure et simple. Ce qu'il y a de *nouveau* dans la situation, c'est que le créancier a ratifié la confusion des patrimoines, résultant de l'acceptation pure et simple ; il l'a prouvé en acceptant l'héritier pour débiteur, c'est-à-dire en accomplissant avec lui un acte qui démontre qu'il le considère comme le représentant du défunt ; il contresigne ainsi l'acceptation pure et simple de l'héritier, et s'engage à en subir les conséquences.

Quant à savoir quels sont les actes qui produisent ce résultat, ce n'est plus qu'une question de fait. On peut citer notamment le cas où un créancier du défunt stipule de l'héritier des garanties, telles qu'une caution, un gage ou une hypothèque, et celui où il accomplit un acte d'exécution sur ses biens personnels. Il en serait autrement de la simple signification faite à l'héritier d'un titre exécutoire contre le défunt.

2° La séparation des patrimoines ne peut plus être demandée relati-

vement à tout bien héréditaire, soit meuble, soit immeuble, qui est sorti des mains de l'héritier par suite d'une aliénation. Pour les immeubles il y a un texte : c'est l'art. 880 al. 2, ainsi conçu : « *A » l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent » dans la main de l'héritier* » : ce qui implique qu'elle ne peut plus l'être, quand les immeubles n'existent plus dans la main de l'héritier, c'est-à-dire quand ils ont été aliénés. Et il est bien clair qu'il en serait de même *a fortiori* pour les meubles.

Toutefois, si le prix du bien aliéné par l'héritier était encore dû, les créanciers auraient le droit de demander la séparation des patrimoines quant à la créance du prix, conformément à la maxime *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii.* L'aliénation faite par l'héritier n'entraîne donc définitivement pour les créanciers la perte du droit de demander la séparation des patrimoines qu'autant qu'elle a été suivie du paiement du prix. Cpr. *supra* n. 311.

315. B. *Causes d'extinction spéciales aux meubles.* — Le droit de demander la séparation des patrimoines se perd, quant aux meubles spécialement : 1° par la confusion ; 2° par la prescription.

1° *Par la confusion.* — La loi ne parle pas de cette cause d'extinction, mais elle s'impose par la force même des choses. La séparation des patrimoines a pour but d'opérer le *triage* entre les biens du défunt et ceux de l'héritier ; or ce triage suppose la possibilité de distinguer les premiers des seconds; donc la séparation des patrimoines ne peut pas s'appliquer aux biens de la succession qui se sont confondus avec ceux de l'héritier de manière à ne plus pouvoir en être distingués.

Au surplus, la question de savoir si les meubles de la succession sont confondus avec ceux de l'héritier est une question de fait, qu'il appartient aux tribunaux de résoudre en cas de contestation. La confusion peut n'être que partielle, et alors bien évidemment elle ne fait que partiellement obstacle au droit de demander la séparation des patrimoines.

Les créanciers de la succession et les légataires, ayant à redouter les conséquences de la confusion, ont le droit de faire le nécessaire pour la prévenir. Parmi les divers moyens qu'ils peuvent employer dans ce but, figure principalement l'inventaire qu'ils sont fondés à requérir aux termes de l'art. 941 C. pr.

2° *Par la prescription.* — « *Il* [le droit de demander la séparation des » patrimoines] *se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de trois » ans* » (art. 880 al. 1). Les meubles de la succession ne tarderont pas en général à se confondre avec ceux qui appartiennent à l'héritier; d'un autre côté, l'héritier peut facilement les aliéner. Aussi les créanciers qui veulent demander la séparation des patrimoines relativement aux biens de cette nature, doivent-ils le faire dans un bref délai. On peut donc facilement supposer que, s'ils ne se pressent pas d'agir, ils renoncent implicitement à leur droit. Voilà pourquoi la loi le déclare prescrit au bout de trois années; et comme le texte ne dis-

tingue pas, on doit en conclure que cette prescription s'appliquerait même quant aux meubles qui en fait ne seraient pas confondus avec ceux de l'héritier : ce qu'on peut facilement concevoir, surtout pour les meubles incorporels.

Suivant l'opinion générale, les trois ans courent à compter de l'ouverture de la succession ; quelques-uns les font courir à dater de l'acceptation.

316. La confusion n'étant pas à craindre pour les immeubles, et leur aliénation étant plus difficile que celle des meubles, on comprend que les créanciers ou autres intéressés prennent leur temps pour demander la séparation des patrimoines relativement à cette nature de biens ; la prescription de trois ans n'avait donc plus ici de raison d'être. Mais de là à dire, comme on le fait généralement, que le droit de demander la séparation des patrimoines en ce qui concerne les immeubles est imprescriptible, il y a loin, et nous croyons plus juridique de le déclarer prescriptible par trente ans, conformément à l'art. 2262. L'art. 880 al. 2 ne contredit pas cette solution, quand il dit : « A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée » *tant qu'ils existent dans la main de l'héritier* » ; car il est manifeste que ces expressions font antithèse à celles dont se sert l'alinéa 1, et signifient simplement que la prescription de trois ans ne s'applique pas aux immeubles.

VI. *Effets de la séparation des patrimoines.*

317. La séparation des patrimoines fait cesser la confusion produite par l'acceptation pure et simple. Elle permet donc aux créanciers du défunt et aux légataires d'obtenir leur paiement sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Mais, en supposant que les biens de la succession ne suffisent pas pour payer les créanciers, ceux-ci peuvent-ils, après les avoir épuisés, recourir pour ce qui leur reste dû contre l'héritier qui a, on le suppose, accepté purement et simplement (1)?

En droit romain, Ulpien et Paul leur refusaient tout recours. *Recesserunt a persona heredis ;* telle était la fin de non-recevoir qu'on leur opposait. Mais cette solution, rejetée déjà par Papinien, n'avait pas été admise dans notre ancien droit, et on peut affirmer qu'elle n'a pas été consacrée par le code civil. Le but unique des créanciers qui demandent la séparation des patrimoines est d'empêcher que les biens de la succession ne leur soient disputés par les créanciers de l'héritier. Entendent-ils pour cela relever l'héritier des conséquences de son acceptation pure et simple, et renoncer au droit qu'elle leur confère de le poursuivre sur ses propres biens ? Assurément non.

Supposons que les créanciers héréditaires, auxquels la séparation des patrimoines n'a pas procuré un paiement intégral, agissent contre l'héritier ; seront-ils payés en concurrence avec les créanciers personnels de celui-ci, ou seulement après eux ? En d'autres termes, les créanciers de l'héritier, qui ont été primés sur les biens du défunt par les créanciers de la succession, pourront-ils, à leur tour, primer ceux-ci

(1) La même question se présente pour les légataires, si l'on admet, comme nous l'avons fait, que l'héritier qui a accepté purement et simplement est tenu *ultra vires* du paiement des legs.

sur les biens personnels de l'héritier ? La doctrine résout presque unanimement la question contre les créanciers de l'héritier ; elle les oblige à subir sur les biens de leur débiteur le concours des créanciers de la succession. Ce qu'ils réclament en définitive, dit-on, c'est un *privilège* à l'encontre des créanciers de la succession ; or il n'y a pas de privilège sans texte. Arg. art. 2093, 2094 et 2095.

Cependant on ne peut méconnaître qu'il existe contre cette solution des objections d'une extrême gravité. En droit romain, elle était rejetée par Papinien, qui, en cas d'insuffisance des biens de la succession, n'admettait les créanciers héréditaires à se faire payer sur les biens de l'héritier qu'après les créanciers personnels de celui-ci, et cette décision, si conforme aux lois de la plus vulgaire équité, avait été admise dans notre ancien droit. C'est déjà un point considérable ; car la tradition a une grande autorité dans une matière toute traditionnelle. On dit que les créanciers de l'héritier ne peuvent primer les créanciers héréditaires sur les biens du débiteur commun qu'en vertu d'un privilège, et que nulle loi ne leur en accorde. Mais y a-t-il donc un texte qui accorde un privilège aux créanciers héréditaires sur les biens de la succession ? Et pourtant, on ne fait pas de difficulté pour leur permettre de se faire payer sur ces biens par préférence aux créanciers de l'héritier. Nous savons bien que le mot *privilège* est écrit dans l'art. 2111. Mais d'abord, cet article a été décrété près d'un an après les art. 878 et s., et pendant cet intervalle nul n'a fait difficulté pour admettre le droit de préférence des créanciers de la succession. D'ailleurs, dans l'art. 2111, le mot *privilège* ne s'applique qu'aux immeubles, et aujourd'hui encore nous n'avons aucun texte qui accorde aux créanciers héréditaires un privilège sur les meubles : ce qui n'empêche pas que tout le monde en reconnaît l'existence. Eh bien ! si un texte n'est pas nécessaire pour permettre aux créanciers, qui demandent la séparation des patrimoines, de se faire payer sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, pourquoi donc en faudrait-il un pour que les créanciers de l'héritier pussent se faire payer sur les biens de celui-ci par préférence aux créanciers de la succession ? La vérité est que l'expression *séparation des patrimoines* établit à elle seule le double droit de préférence dont il s'agit. Le patrimoine, c'est l'ensemble des biens et des dettes : les biens en sont le *recto*, et les dettes le *verso ;* séparer les patrimoines, c'est donc nécessairement séparer les biens et les dettes, établir deux masses distinctes de biens avec deux masses correspondantes de créanciers. Aussi, quand la loi autorise la séparation des patrimoines, elle dit d'une manière implicite que les biens de chaque patrimoine serviront de gage spécial à ses créanciers, à l'exclusion des créanciers de l'autre.

* Il est vrai qu'en poussant à bout ce raisonnement, on arriverait à dire avec Paul et Ulpien que les créanciers héréditaires ne peuvent aucunement agir contre l'héritier, même après paiement de ses créanciers personnels. Si l'on ne doit pas aller jusque-là, c'est parce que la séparation des patrimoines, qui est une fiction, n'existe que dans les rapports des créanciers du défunt avec les créanciers de l'héritier ; elle est demandée *contre les créanciers de l'héritier* (art. 878), et non contre l'héritier lui-même ; elle n'existe donc pas à l'égard de celui-ci, et il ne peut plus en être question, lorsque, tous les créanciers de l'héritier étant payés, les créanciers de la succession n'ont plus que l'héritier en face d'eux.

* D'ailleurs, qu'arrivera-t-il, si l'on admet que les créanciers de la succession ont le droit, après épuisement des biens héréditaires, de concourir avec les créanciers de l'héritier? Pour prévenir ce concours, les créanciers personnels de l'héritier, s'il est peu solvable, s'empresseront d'exiger leur paiement avant que les créanciers héréditaires aient épuisé les biens de la succession. C'est probablement ce qui se passe dans la pratique, et on s'expliquerait ains dans une certaine mesure que la

jurisprudence soit muette sur cette question, qui paraît cependant de nature à soulever de fréquentes applications.

318. La séparation des patrimoines ne produit d'effet que dans les rapports des créanciers du défunt ou des légataires qui l'ont demandée, avec les créanciers de l'héritier, contre lesquels elle a été demandée; elle demeure donc sans effet dans les rapports des créanciers du défunt ou des légataires entre eux. La séparation des patrimoines est une arme de creancier de la succession à créancier de l'héritier, mais non de créancier de la succession à créancier de la succession (arg. art. 878 et 2111) : ce qui d'ailleurs est très rationnel, puisque le but unique de cette institution est de faire cesser les effets de la confusion produite par l'acceptation pure et simple.

L'application de ce principe est sans difficulté, quand la séparation des patrimoines a été demandée par tous les créanciers du défunt et par tous les légataires, et que tous ont pris en temps utile l'inscription prescrite par l'art. 2111. On paie d'abord les créanciers, en observant entre eux, s'il y a lieu, l'ordre de préférence résultant de leurs privilèges ou de leurs hypothèques; puis vient le tour des légataires, qui sont payés au marc le franc sur ce qui reste, à moins que le défunt n'ait réglé l'ordre de préférence entre eux.

* Mais la question se complique, si, parmi les créanciers héréditaires ou les légataires, quelques-uns seulement ont demandé la séparation des patrimoines ou pris l'inscription exigée par l'art. 2111. Il y a lieu de décider, en pareil cas : d'une part, que les démarches, faites par les créanciers ou les légataires diligents, qui ont demandé la séparation des patrimoines ou pris l'inscription prescrite par l'art. 2111, ne profiteront pas aux autres; et d'autre part, que la négligence des créanciers ou des légataires, qui n'ont pas demandé la séparation ou pris l'inscription exigée par l'art. 2111, ne profitera ni ne nuira aux créanciers diligents, dont la situation sera en définitive la même que si tous les intéressés s'étaient mis en règle. En d'autres termes, les créanciers diligents ne peuvent pas plus se faire un titre de la négligence des autres que ceux-ci de la diligence des premiers. Ainsi supposons une succession dont l'actif s'élève à 40,000 fr.; il y a deux créanciers, *Primus* et *Secundus*, à chacun desquels il est dû 25,000 fr.; la succession est acceptée purement et simplement par l'héritier, qui a 30,000 fr. de biens et 75,000 fr. de dettes; *Primus* et *Secundus* demandent l'un et l'autre la séparation des patrimoines. On répartira le prix des biens de la succession entre eux au marc le franc (art. 2093), et ils toucheront par conséquent chacun 20,000 fr. Supposons que *Primus* demande seul la séparation des patrimoines. Il ne touchera toujours sur les biens de la succession que 20,000 fr.; les 20,000 fr. restant tomberont dans le patrimoine de l'héritier, où ils se confondront avec ses autres biens. On aura donc ainsi un actif de 50.000 fr. pour payer 100,000 fr. de dettes; car le passif de l'héritier, qui était déjà de 75,000 fr., s'est grossi de la dette du défunt envers *Secundus*. La répartition donnera en définitive 12,500 fr. à *Secundus*, au lieu de 20,000 qu'il aurait obtenus s'il eût demandé la séparation des patrimoines. En ce sens, tribunal d'Aix, 18 mars 1873, Sir., 74. 2. 25.

§ III. *De la fraude dans les partages et des moyens accordés aux créanciers des copartageants pour la prévenir ou la réprimer.*

319. « *Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage* » *ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y*

» *soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à* » *leurs frais ; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à* » *moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une* » *opposition qu'ils auraient formée* » (art. 882).

L'expérience a prouvé que les partages de succession donnent lieu à de nombreuses fraudes dirigées contre les créanciers des cohéritiers. Elles sont si variées qu'il serait téméraire d'en entreprendre une énumération complète.

Les principales consistent : 1° à composer le lot du cohéritier qui veut tromper ses créanciers de valeurs sur lesquelles ceux-ci ne pourront pas avoir d'action, telles que des rentes sur l'Etat, insaisissables comme on le sait, ou de valeurs faciles à dissimuler, comme de l'argent comptant, des titres au porteur ; 2° à attribuer à ce cohéritier un lot moins fort qu'aux autres, sauf à rétablir l'égalité par des actes occultes ; 3° à mettre l'immeuble, qui a été aliéné ou hypothéqué par l'un des cohéritiers pendant l'indivision dans le lot d'un autre cohéritier, afin de faire tomber l'aliénation ou la constitution d'hypothèque (arg. art. 883).

La loi offre aux créanciers le moyen de prévenir ces diverses fraudes en assistant au partage pour en surveiller les opérations ; ils pourront alors exiger, non pas que le partage soit fait de la manière la plus conforme à leurs intérêts, mais qu'il y soit procédé suivant les prescriptions de la loi, et déjouer toutes les combinaisons frauduleuses qui pourraient être tentées à leur encontre. Le même droit appartiendrait par analogie de motifs aux ayant cause des copartageants autres que les créanciers, par exemple à l'acquéreur d'un immeuble héréditaire aliéné par l'un des héritiers.

D'ailleurs les créanciers des copartageants n'ont pas le droit d'exiger que le partage soit fait en justice, s'il plaît aux parties, toutes majeures et maîtresses de leurs droits d'y procéder à l'amiable. Cass., 10 janvier 1887, Sir., 87. 1. 377.

320. Comment devront procéder les créanciers, qui veulent user du droit que leur confère l'art. 882 ? Si les opérations du partage sont commencées, ils y *interviendront*. Dans le cas contraire, comme ils ne peuvent pas être tenus de guetter le moment où il plaira aux cohéritiers de procéder au partage, pour y intervenir, ils y formeront *opposition*, c'est-à-dire qu'ils déclareront s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence.

Cette opposition, dont la loi n'a pas déterminé les formes, doit régulièrement être faite par acte extrajudiciaire notifié à tous les copartageants, et non pas seulement à l'héritier débiteur. On admet en doctrine et en jurisprudence qu'elle peut être remplacée par un acte équipollent, notamment par une opposition aux scellés, faite dans la forme prescrite par les art. 926 et 927 C. pr., ou par une demande en intervention notifiée à tous les cohéritiers.

L'intervention des créanciers est recevable tant que le partage n'est pas *consommé*. Le partage n'est réputé consommé que lorsque l'indivision a cessé entre les héritiers. Les créanciers peuvent donc intervenir même après qu'il a été procédé à la licitation

des immeubles de la succession, s'il reste encore à former les lots et à les tirer au sort. Cass., 5 février 1883, Sir., 84. 1. 312.

321. Effet d'une opposition régulièrement formée. — Tout créancier, qui a formé opposition en temps utile, devient *partie nécessaire* au partage. Si les cohéritiers y procédaient au mépris de l'opposition, c'est-à-dire sans avoir régulièrement mis l'opposant en demeure d'y figurer, le partage pourrait être annulé sur sa demande, et sans qu'il fût obligé de démontrer l'existence d'une collusion frauduleuse; la loi présume la fraude par cela seul que l'opposition n'a pas été respectée. Et toutefois, comme il n'y a pas d'action sans intérêt, l'opposant qui demande la nullité du partage ne devrait réussir qu'à la condition de démontrer que le partage lui cause préjudice.

322. Situation des créanciers qui n'ont pas fait opposition au partage. — Le créancier, qui a laissé se consommer le partage dans lequel son débiteur était intéressé, sans y intervenir et sans y former opposition, ne peut pas l'attaquer, alors même qu'il offrirait de démontrer que ce partage a été fait en fraude de ses droits (art. 882 *in fine*).

C'est une exception aux règles du droit commun, qui autorisent l'exercice de l'action paulienne contre tous les actes frauduleux; l'art. 1167 y fait allusion dans sa partie finale. Le législateur, dans le but d'assurer la stabilité des partages, dont l'annulation compromet toujours de nombreux intérêts, a substitué ici le moyen *préventif* au moyen *répressif* : il donne aux créanciers le moyen de *prévenir* la fraude en intervenant au partage ou en y faisant opposition, et leur refuse en conséquence le droit de la *réprimer* en faisant annuler le partage, s'ils n'ont pas su l'empêcher. Les textes ne paraissent laisser aucun doute sur l'exactitude de cette interprétation, à laquelle la jurisprudence paraît définitivement se rallier (Lyon, 12 juin 1879, Sir., 79. 2. 247), et dès lors on a lieu de s'étonner qu'elle soit rejetée par un parti important dans la doctrine. D'ailleurs, les dissidents sont loin d'être d'accord entre eux; c'est ce qui arrive ordinairement, quand on s'écarte du texte de la loi.

Par cela même qu'elle déroge au droit commun, la disposition de l'art. 882 *in fine* doit être interprétée restrictivement, suivant la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là résultent deux conséquences, admises l'une et l'autre par la jurisprudence (Paris, 10 août 1877, Sir., 78. 2. 6).

1° Les créanciers des cohéritiers pourraient attaquer par l'action paulienne un partage *simulé*, que les cohéritiers auraient fait en fraude de leurs droits. L'art. 882 dit : « ils ne peuvent attaquer un *partage* consommé »; or ici il n'y a pas un partage, mais seulement un simulacre de partage; on est donc en dehors de l'exception établie par la loi; par suite on rentre dans le droit commun. Ainsi jugé dans une espèce, où les cohéritiers avaient appelé au partage, dans le but de frauder les droits de leurs créanciers, de prétendus cohéritiers qu'ils savaient n'avoir aucun droit à la succession. V. aussi Dijon, 24 juin 1885, Sir., 87. 2. 115.

2° Le droit commun reprendrait également son empire, si les cohéritiers avaient frauduleusement dissimulé le décès du *de cujus* (Paris, 8 janvier 1879, Sir., 79. 2. 248), ou s'ils avaient mis une *précipitation frauduleuse* à procéder au partage, plaçant ainsi leurs créanciers dans l'impossibilité d'exercer le droit d'intervention ou d'opposition que leur accorde l'art. 882. La loi prive les créanciers du droit de

réprimer la fraude, parce qu'ils auraient pu la *prévenir ;* donc ils doivent avoir le droit de la réprimer, conformément au droit commun, s'ils ont été mis par le fait des intéressés dans l'impossibilité d'user du moyen préventif. Ainsi jugé dans une espèce, où les cohéritiers avaient procédé au partage le lendemain même de la mort du *de cujus* et avant que cet événement eût pu parvenir à la connaissance des créanciers.

SECTION IV

DES EFFETS DU PARTAGE, ET DE LA GARANTIE DES LOTS

323. La garantie des lots est l'un des effets du partage. Cela posé, notre section aurait été mieux intitulée : *Des effets du partage en général, et de la garantie des lots en particulier*. Telle qu'elle est conçue, la rubrique semble signifier que la garantie des lots n'est pas un effet du partage.

I. *Des effets généraux du partage.*

324. Tant que dure l'indivision, nul des cohéritiers n'est propriétaire exclusif d'aucun des biens héréditaires ni d'aucune partie de ces biens. Le tout appartient à tous : chaque molécule de chaque objet est la copropriété de tous les héritiers. En limitant aux seuls effets mis dans son lot le droit de chaque héritier, le partage lui en fait acquérir la propriété exclusive, et le droit de chacun gagne ainsi en certitude ce qu'il perd en étendue.

Comment cette transformation s'est-elle accomplie ? A quel titre chaque héritier se trouve-t-il désormais propriétaire exclusif des biens compris dans son lot ? Si on analyse avec les seules lumières de la raison l'opération du partage, on arrive à se convaincre qu'il contient, en ce qui concerne chaque copartageant, une acquisition et une aliénation. Ce que chaque héritier acquiert de ses cohéritiers est la contre-valeur de ce qu'il aliène à leur profit ; de sorte que l'opération présente une très grande analogie avec l'échange : le partage, n'est à bien dire qu'un échange de parts indivises. Une espèce mettra cette vérité en lumière. Deux héritiers, *Primus* et *Secundus,* sont appelés pour portions égales à une même succession qui comprend deux immeubles, A et B, d'égale valeur ; l'immeuble A est attribué par le partage à *Primus,* l'immeuble B, à *Secundus*. Que s'est-il passé ? *Primus* a cédé sa moitié indivise dans l'immeuble B à *Secundus ;* en retour, celui-ci a cédé sa moitié indivise dans l'immeuble A à *Primus*. En définitive, chaque héritier se trouve propriétaire de l'immeuble mis dans son lot, moitié comme héritier du défunt et moitié comme cessionnaire de son cohéritier, dont il a acquis la part indivise. L'analyse nous montre donc chaque cohéritier comme étant, relativement aux effets mis dans son lot, ayant cause du défunt pour sa part héréditaire et ayant cause de es cohéritiers pour le surplus. C'est-à-dire que le partage est, pour

partie au moins, un acte d'aliénation, qu'il est, pour partie au moins, *translatif* ou *attributif* de propriété.

Les Romains avaient consacré sur ce point les enseignements de la science rationnelle : ils assimilaient le partage soit à une vente, soit à un échange. Il suffit de lire l'art. 883 pour voir que notre législateur assigne au partage un tout autre caractère. « *Chaque cohéritier* », dit ce texte, « *est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets* » *compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu* » *la propriété des autres effets de la succession* ». On exprime d'un mot le principe formulé par ce texte, en disant que le partage est *déclaratif de propriété :* ce qui signifie qu'il est considéré comme *déclarant* les objets dont chaque cohéritier sera censé avoir toujours été propriétaire exclusif, comme révélant le droit de propriété qui existait en quelque sorte à l'état latent au profit de chaque cohéritier sur les effets mis dans son lot. En un mot, la loi fait rétroagir le partage au jour de l'ouverture de la succession, et elle décide que chaque copartageant sera considéré comme étant seul héritier du défunt pour tous les objets mis dans son lot, qu'il sera réputé les tenir du défunt exclusivement, et non de ses cohéritiers.

C'est là une fiction, ainsi que l'indique le mot *censé*. Dans la réalité des choses, en effet, le partage est, pour partie au moins, translatif de propriété, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure. Il reste à savoir pourquoi le législateur a substitué ici la fiction à la réalité. C'est principalement pour un motif d'utilité pratique. Le principe, que le partage est *translatif* de propriété, conduisait à maintenir sur les biens mis dans le lot de chaque cohéritier les hypothèques et autres charges réelles consenties pendant l'indivision par les autres, au moins dans la mesure de la part héréditaire de ceux-ci ; car ils n'avaient pu transmettre cette part à leur cohéritier que sous l'affectation des charges dont ils l'avaient grevée, suivant la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (cpr. art. 2182 al. 2). Le lot d'un des héritiers pouvait donc être *infesté,* comme le dit Lebrun, des hypothèques consenties par les autres : ce qui donnait lieu à des recours d'héritier à héritier, recours d'autant plus fâcheux que les cohéritiers sont d'ordinaire membres d'une même famille et souvent proches parents. Le principe, que le partage est déclaratif de propriété, fait disparaître cet inconvénient. En effet, chaque héritier étant censé n'avoir jamais eu la propriété des effets mis dans le lot de ses cohéritiers, il est clair que les hypothèques et autres charges, qu'il a pu établir pendant l'indivision sur ces effets, seront considérées comme émanant *a non domino,* et par suite comme non avenues. On peut encore ajouter, pour justifier le principe établi par l'art. 883, que, l'état d'indivision étant essentiellement transitoire,

on conçoit que la loi n'en tienne aucun compte, et qu'elle le fasse disparaître par la fiction du partage déclaratif.

325. Développement du principe. — La *licitation* (1) étant une opération du partage, et souvent une opération nécessaire, il était tout naturel de lui appliquer le principe, que le partage est déclaratif de propriété. Aussi l'art. 883 dispose-t-il que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul « aux effets compris dans son lot, *ou à lui échus sur licitation* ». La loi, on le voit, suppose que l'adjudication sur licitation a eu lieu au profit d'un des cohéritiers (argument des mots A LUI *échus*) ; on doit par suite bien se garder d'étendre sa disposition, ainsi que l'ont fait quelques auteurs, au cas où l'adjudication a été prononcée au profit d'un étranger. N'oublions pas que l'art. 883 établit une fiction ; or l'interprétation restrictive est de rigueur en matière de fictions. Etendre une loi qui crée une fiction, c'est la violer. *Et alias non est eadem ratio.* L'adjudicataire étranger, *licitator extraneus,* sera donc traité comme tenant ses droits des cohéritiers, et non du défunt ; il sera considéré comme un acheteur, et l'opération elle-même comme une vente. On abandonnera la fiction pour revenir à la réalité. Cass., 8 mars 1875, Sir., 75. 1. 449.

Ce que la loi dit du partage avec licitation est vrai aussi du partage avec soulte; pour mieux dire, les deux questions n'en font qu'une. Il n'y aurait même pas lieu de distinguer, comme le font quelques auteurs, si la soulte a été fournie en deniers héréditaires ou en deniers propres à l'héritier chargé de la soulte; dans tous les cas, celui-ci sera censé avoir succédé seul au défunt pour les objets mis dans son lot ; *lex non distinguit. Adde* arg. art. 1408.

Enfin la règle, que le partage est déclaratif de propriété, s'appliquerait aux prélèvements auxquels donne lieu le rapport en moins prenant (art. 830) ; ils constituent en effet une opération préliminaire du partage avec lequel ils ont un lien étroit.

326. Historique. — Le principe, que le partage est déclaratif de propriété a ses racines jusque dans la féodalité. D'après le droit féodal, toute aliénation d'un fief, faite par un vassal, donnait lieu au paiement d'un droit au profit du seigneur pour prix du consentement donné par celui-ci à la mutation. Le partage, étant alors considéré comme *translatif de propriété,* semblait à ce titre devoir donner lieu au paiement du droit. Mais les légistes, « ennemis nés de la féodalité », essayèrent de l'y soustraire, en se fondant sur ce qu'il constitue une aliénation nécessaire, *alienatio necessaria.* Plus tard, on en vint à soutenir que le partage ne constituait pas une *aliénation,* mais seulement une *déclaration* du droit que chaque copartageant était censé avoir toujours eu dans les biens indivis, en un mot que le partage était *déclaratif de propriété.* Ce nouveau principe fut adopté par la jurisprudence

(1) La licitation (de *liceri, vendre aux enchères*) est une vente aux enchères faite dans le but de partager entre les divers ayant droit le prix d'une chose indivise qu'on éprouve des difficultés à partager en nature.

au seizième siècle, et elle en déduisit la conséquence qui a été signalée plus haut en ce qui concerne les hypothèques. Depuis cette époque, le principe s'est toujours maintenu dans notre droit.

327. — Conséquences du principe que le partage est déclaratif de propriété. — 1° Nous en connaissons déjà une relativement aux hypothèques consenties pendant l'indivision : ces hypothèques sont considérées comme non avenues, si l'immeuble qui en a été grevé tombe dans le lot d'un autre que le constituant ou est adjugé sur licitation à un de ses cohéritiers (1).

Au cas où l'immeuble hypothéqué pendant l'indivision tombe dans le lot du constituant ou lui est adjugé sur licitation, l'hypothèque est maintenue. Mais portera-t-elle alors seulement sur la part indivise qui appartenait au constituant lors de la constitution, ou sur l'immeuble tout entier? Tout dépend de l'intention du constituant. S'il a entendu n'hypothéquer que sa part, l'hypothèque n'affectera que cette part; si au contraire il a entendu hypothéquer l'immeuble tout entier, pour le cas où il en deviendrait propriétaire exclusif en vertu du partage ou de la licitation, l'hypothèque affectera l'immeuble tout entier. Il faut donc consulter les termes de l'acte constitutif d'hypothèque.

2° Ce qui vient d'être dit des hypothèques doit être étendu aux autres charges réelles, telles que servitude, usufruit, etc., dont l'un des cohéritiers aurait grevé un immeuble pendant l'indivision.

3° Et aussi aux aliénations. Ce point a été contesté à tort.

4° Les actes de partage ne sont pas soumis à la formalité de la transcription, qui ne s'applique, d'après l'art. 1-1° de la loi du 23 mars 1855, qu'aux actes *translatifs* de propriété.

Voyez cependant Pau, 26 janvier 1875, Sir., 75. 2. 246.

5° L'art. 68, § 3, n° 2, de la loi du 22 frimaire de l'an VII avait déduit une autre conséquence de notre principe, en ne soumettant les partages qu'au paiement d'un droit fixe de 3 fr., et non au paiement du droit proportionnel, comme il aurait fallu le faire si le partage eût constitué un acte d'aliénation. Aujourd'hui les partages sont soumis au paiement d'un droit, que l'on appelle *gradué*. Au dessous de 5,000 fr., le droit est de 5 fr.; de 5,000 à 10,000 fr., il s'élève à 10 fr.; de 10,000 fr. à 20,000, à 20 fr.; au dessus de ce chiffre, 20 fr. en sus par chaque 20,000 fr. ou fraction de 20,000 fr. (loi des 28 et 29 février 1872, art. 1-5° et 2).

328. Domaine de l'article 883. — Le principe que le partage est déclaratif de propriété doit être considéré, à raison de la généralité des termes de la disposition qui le consacre, comme s'appliquant à tout partage, à tout acte équivalant à partage et à tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, compris dans le partage.

A tout partage; donc non seulement au partage de succession, comme pourrait le faire croire la place qu'occupe l'art. 883, mais aussi au partage de toute autre universalité, telle que la communauté entre époux (arg. art. 1476) ou la société (arg. art. 1872), et même, quoique ce soit un peu plus douteux, au partage

(1) Cette règle reçoit une exception importante relativement à l'hypothèque maritime. V. l'art. 17 de la loi du 10 juillet 1885.

d'objets particuliers indivis entre plusieurs copropriétaires, par exemple au partage d'une même chose qui a été léguée en commun à plusieurs légataires (*res duobus pariter legata aut donata*). Il y a en effet même motif de décider dans tous les cas, *eadem est ratio legis*. (Pau, 28 février 1887, Sir., 87. 2. 125).

A tout acte équivalant à partage. La cession de droits successifs peut dans certains cas avoir ce caractère ; elle le présente très certainement, lorqu'elle fait cesser l'indivision à l'égard de tous les cohéritiers ; telle serait la cession faite au profit d'un des cohéritiers par tous les autres. Cette matière donne lieu à des difficultés graves, dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer ici.

Enfin le principe s'applique *à tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, compris dans le partage*. Chaque cohéritier sera donc censé avoir succédé seul au défunt pour tous les biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, qui ont été mis dans son lot.

329. Toutefois la question est vivement controversée en ce qui concerne les créances héréditaires susceptibles de division. La difficulté vient de l'art. 1220, d'après lequel ces créances se divisent de plein droit entre les héritiers. Ce texte dit en substance que chaque héritier peut, dans la mesure de sa part héréditaire, exiger de chaque débiteur du défunt le paiement de sa dette. On s'est prévalu de cette disposition pour soutenir que, la loi opérant de plein droit le partage des créances héréditaires entre les héritiers, d'après cette ancienne règle de la loi des XII tables : *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto,* les créances héréditaires se trouvent en dehors de la masse à partager ; que sans doute les héritiers peuvent, pour faciliter les opérations du partage ou pour ménager leurs convenances réciproques, répartir entre eux les créances héréditaires autrement que ne le fait la loi ; mais que cette répartition ne constitue pas un partage, les héritiers n'ayant pas à partager ce qui a déjà été partagé par la loi, et que par suite il ne saurait être question de lui appliquer l'effet déclaratif du partage. Quelle serait donc alors la nature de la convention, en vertu de laquelle les héritiers, dérogeant à la division légale établie par l'art. 1220, auraient mis une créance tout entière dans le lot d'un seul héritier, ou la lui auraient attribuée pour une part plus forte que sa part héréditaire ? Ce serait un transport-cession. Chaque héritier était de plein droit créancier pour sa part héréditaire, en vertu de l'art. 1220 ; la créance ne peut désormais appartenir à l'un d'eux pour le tout qu'en vertu d'une *cession* qui lui est consentie par les autres. Il faudrait donc appliquer les règles de la cession de créances, et non celles du partage : ce qui conduirait notamment à décider que l'héritier, auquel a été attribuée la créance, n'en sera saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690. Bref, dans ce système, l'héritier, auquel une créance héréditaire est attribuée pour la totalité par une clause du partage, serait considéré comme la tenant, non du défunt exclusivement, par application de l'art 883, mais de ses cohéritiers, pour tout ce qui excède sa part héréditaire dans la créance. Le partage serait donc, quant aux créances, translatif, et non déclaratif de propriété.

Nous nions absolument le point de départ de cette opinion : l'art. 1220 n'opère pas, comme on le prétend, le partage des créances. Il suffit, pour le démontrer, de faire remarquer que ce texte ne divise pas les créances entre tous les successeurs universels du défunt, mais seulement entre ceux qui représentent sa personne. La loi dit que les héritiers peuvent réclamer les créances *pour les parts dont ils sont saisis....* comme représentant le créancier ; donc la division légale ne s'applique pas aux successeurs non saisis, notamment aux enfants naturels ; or une division qui est faite entre quelques-uns seulement des ayant droit, n'est pas et ne peut pas être un partage. Supposons, pour éclaircir ce point, que le défunt ait laissé deux frères et un

enfant naturel : auquel cas l'enfant naturel a droit à une moitié de la succession, et les deux frères à l'autre moitié (art. 757). Supposons de plus que la succession ne comprenne absolument que des créances. D'après l'art. 1220, les créances, c'est-à-dire l'hérédité tout entière, se diviseront de plein droit par portions égales entre les deux frères du défunt, qui seuls représentent sa personne ; l'enfant naturel, bien qu'il ait droit à la moitié de la succession, est exclu de cette répartition. Est-ce là un partage? Peut-on considérer comme telle une opération, dont le résultat est de donner le tout à deux des héritiers, et rien au troisième, qui cependant a droit à la moitié? Inutile d'insister; on ne peut concevoir un partage qui ne comprenne pas tous les copartageants. Que signifie donc l'art. 1220? Il règle d'une manière provisoire la situation des débiteurs du défunt par rapport à la succession. Il faut bien qu'à toute époque un débiteur héréditaire dont la dette est échue puisse valablement se libérer, et aussi que quelqu'un puisse le contraindre à payer. A qui paiera-t-il, en attendant le partage que feront les héritiers? Qui pourra le poursuivre? Telle est la question dont se préoccupe exclusivement l'art. 1220; il répond que chaque représentant du défunt pourra poursuivre les débiteurs héréditaires pour la part dont il est saisi, et par suite recevoir le paiement dans cette mesure de ceux qui viendraient l'offrir. La loi n'accorde pas le même droit aux successeurs universels non saisis, parce que, demander le paiement d'une créance ou le recevoir, c'est faire acte de possession, et le successeur irrégulier ne possède pas tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance ou l'envoi en possession.

La disposition de l'art. 1220 ne fait donc nul obstacle à ce que les héritiers partagent les créances héréditaires comme tous les autres biens de la succession. D'ailleurs l'art. 832 dit positivement que les créances sont comprises dans le partage et qu'on doit autant que possible les répartir également dans les différents lots. Ce texte est décisif.

Le partage s'appliquant aux créances comme aux autres biens de la succession, on se trouve nécessairement conduit à décider qu'il sera régi par l'art. 883, c'est-à-dire que l'héritier, qui recevra une créance dans son lot, sera considéré comme ayant seul succédé au défunt pour cette créance. Il pourra donc désormais en exiger le paiement intégral, et les paiements que ferait le débiteur entre les mains des autres héritiers ne le libèreraient pas, sauf peut-être l'application de l'art. 1240, s'il avait payé de bonne foi dans l'ignorance du partage. Mais les paiements, qui auraient été faits par le débiteur avant le partage, conformément à l'art. 1220, seraient libératoires; car un acte fait conformément à la loi doit nécessairement être maintenu. Et il faudrait en dire autant de tous les droits acquis à des tiers, dans l'intervalle de l'ouverture de la succession au partage, par application de l'art. 1220, notamment des compensations acquises au profit des débiteurs héréditaires qui étaient eux-mêmes créanciers des héritiers. Il est vrai qu'en appliquant pleinement la fiction de l'art. 883 on arriverait à annuler tous ces actes, et certains esprits ont soutenu qu'il fallait aller jusque-là. Mais c'est ne tenir aucun compte de la disposition de l'art. 1220, et de ce principe, que les actes faits en exécution de la loi doivent être respectés.

En résumé, l'art. 1220 ne fait que régler provisoirement les rapports des débiteurs héréditaires avec les héritiers jusqu'au partage; mais il ne partage pas, comme on l'a dit, les créances entre les héritiers. Le partage des créances est soumis aux mêmes règles que celui de tous les autres biens héréditaires, et il est par conséquent déclaratif de propriété, sauf le maintien des droits antérieurement acquis à des tiers en exécution de l'art. 1220. Nous reconnaissons toutefois qu'il s'élève des difficultés graves sur le point de savoir ce qu'il faut entendre ici par *droits acquis*.

Sur la question que nous venons d'examiner la jurisprudence est incertaine.

Voyez dans notre sens Alger, 24 décembre 1877, Sir., 78. 2. 214. En sens contraire, Cass., 23 mars 1881, Sir., 82. 1. 217.

§ II. *De la garantie.*

330. Les copartageants se doivent respectivement la garantie, à raison des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage. C'est-à-dire que les cohéritiers doivent se protéger mutuellement contre les troubles qu'ils peuvent éprouver dans la possession des objets mis dans leur lot, et que, si l'un d'eux est évincé, les autres doivent l'indemniser, le tout pourvu que le trouble ou l'éviction ait une cause antérieure au partage.

Quel est le fondement de cette obligation? La garantie étant de droit dans la vente et dans l'échange (art. 1603 et 1707), il est tout simple que les copartageants en soient tenus les uns à l'égard des autres, dans une législation, qui, assimilant le partage à l'un ou à l'autre de ces contrats, le considère comme *translatif* ou *attributif* de propriété. Cette base fait défaut dans notre législation, qui regarde le partage comme *déclaratif* de propriété. Quel est donc alors le fondement de la garantie entre copartageants? Pothier dit à ce sujet : « La seule raison sur laquelle est fondée dans notre droit l'obligation de la garantie des copartageants, c'est que l'égalité qui doit régner dans les partages, se trouvant blessée par l'éviction que souffre l'un des copartageants dans quelqu'une des choses tombées dans son lot, la loi qui exige cette égalité oblige chacun des copartageants à la rétablir ». La garantie nous apparaît donc comme une sanction du principe d'égalité, qui est l'*âme des partages*. Elle repose sur cette idée que chaque copartageant doit obtenir, en vertu du partage, la totalité de la part à laquelle il a droit, c'est-à-dire l'équivalent en propriété divisée de ce qu'il avait en propriété indivise.

331. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à la garantie. Aux termes de l'art. 884 : « *Les cohéritiers demeurent respectivement » garants, les uns envers les autres, des troubles et évictions seulement » qui procèdent d'une cause antérieure au partage. — La garantie n'a » pas lieu, si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause » particulière et expresse de l'acte de partage ; elle cesse, si c'est par sa » faute que le cohéritier souffre l'éviction* ».

Quatre conditions sont donc requises, pour qu'il y ait lieu à la garantie qui nous occupe. Il faut :

1° *Que l'un des copartageants ait subi une* ÉVICTION *ou tout au moins un* TROUBLE. L'*éviction* est la dépossession que subit un cohéritier par suite d'une défaite judiciaire : *evincere a vincendo in judicio dicitur*. Tel serait le cas d'un cohéritier condamné par un jugement à restituer le fonds qui a été mis dans son lot au véritable propriétaire, sur l'action en revendication intentée par celui-ci. Le *trouble* est un précurseur de l'éviction, et à ce titre la loi le met sur la même ligne. Ainsi un tiers revendique contre un cohéritier l'immeuble mis dans son lot. Tant que la demande n'a pas reçu de solution, l'éviction n'est pas encore consommée, mais elle est à craindre; il y a trouble, et la loi

accorde l'action en garantie pour le faire cesser. Il ne s'agit ici que du trouble *de droit,* c'est-à-dire du trouble causé par quelqu'un qui agit en vertu d'un droit qu'il prétend avoir sur la chose, et non du trouble *de fait,* causé par quelqu'un qui agit sans invoquer aucun droit, par exemple par des maraudeurs qui viennent dévaster une propriété. Chaque cohéritier doit faire cesser lui-même par les moyens de droit le trouble de fait dont il est victime, sans pouvoir exercer de ce chef aucun recours contre ses cohéritiers.

2° *Que l'éviction ou le trouble procède d'une cause antérieure au partage.* En effet la garantie en matière de partage nous apparaît comme la sanction du principe d'égalité entre les copartageants ; or c'est au moment du partage que l'égalité doit exister ; il n'y a pas à se préoccuper (ce serait bien impossible d'ailleurs) des événements postérieurs qui peuvent la faire disparaître. Les cohéritiers ne seront donc pas garants des troubles et évictions, dont la cause est postérieure au partage : tel serait le cas où l'un des cohéritiers serait exproprié pour cause d'utilité publique et recevrait une indemnité insuffisante. La garantie ne serait pas plus due dans cette hypothèse qu'elle ne le serait à raison d'un incendie ou d'une inondation postérieure au partage, qui aurait détruit ou détérioré la chose mise dans mon lot. Ce sont là des cas fortuits dont chaque cohéritier doit supporter seul les conséquences, comme il profiterait seul aussi des augmentations de valeur, survenues aux biens mis dans son lot par suite d'événements indépendants de sa volonté, par exemple l'alluvion.

3° *Que l'espèce d'éviction soufferte n'ait pas « été exceptée par une » clause particulière et expresse de l'acte de partage ».*

La clause de non-garantie doit être *particulière* et *expresse.*

Particulière. Donc serait nulle une clause générale de non-garantie, par exemple la clause conçue en ces termes : les cohéritiers ne se devront respectivement aucune garantie. La loi a bien pu autoriser une semblable stipulation en matière de vente (art. 1628 et 1629), parce que la vente est un acte de spéculation, et les parties peuvent spéculer même sur des chances et rendre ainsi le contrat plus ou moins aléatoire. Mais elle devait la prohiber en matière de partage, comme incompatible avec le grand principe d'égalité qui domine toute cette matière. En ce sens, la garantie est de l'essence du partage.

Expresse. Si les copartageants veulent exclure la garantie, il faut qu'ils le disent ; il ne leur suffirait pas de le sous-entendre. Notamment cette circonstance, que l'héritier aurait connu le danger d'éviction dont est menacé le bien mis dans son lot, ne pourrait pas lui être opposée comme entraînant de sa part une renonciation tacite à la garantie. C'est une nouvelle différence avec la vente. Cpr. art. 1629.

4° *Que l'éviction soufferte ne résulte pas de la faute du cohéritier évincé,* ou même de son simple fait. Autrement, il n'aurait le droit de s'en prendre qu'à lui-même du préjudice qu'il éprouve. Tel serait le cas d'un cohéritier, qui, actionné en revendication relativement à un immeuble mis dans son lot, n'aurait succombé que pour avoir omis de faire valoir un moyen péremptoire qui lui aurait assuré gain de cause (art. 1640, arg. anal.).

De là il faut conclure que le cohéritier, qui a laissé s'accomplir sans l'interrompre une prescription commencée avant le partage, n'aurait pas droit à la garantie à raison de l'éviction qu'il souffre. C'est en effet par sa faute qu'il la subit, puisqu'il aurait pu facilement la conjurer au moyen d'un acte interruptif. Il n'y aurait plus faute de la part du cohéritier, si l'heure de la prescription était sur le point de sonner au moment du partage, de telle façon qu'il ne lui restât plus un temps moralement suffisant pour l'interrompre. Aurait-il droit en ce cas à la garantie? Nous le pensons. On peut objecter, il est vrai, qu'il ne suffit pas, pour que l'héritier évincé ait droit à la garantie, que l'éviction ne résulte pas de sa faute; qu'il faut de plus que l'éviction ait une cause antérieure au partage, et qu'ici la cause est postérieure, puisque la prescription ne s'est accomplie qu'après le partage. Il faut répondre que l'éviction a en réalité une cause antérieure au partage (pour partie au moins); car elle résulte d'une prescription qui s'est accomplie presque tout entière antérieurement au partage. L'éviction est postérieure au partage, mais sa cause est antérieure.

332. Contre qui peut être intentée l'action en garantie. — « *Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa* » *part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a cau-* » *sée l'éviction. — Si l'un des cohéritiers se trouve insolvable, la portion* » *dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les* » *cohéritiers solvables* » (art. 885). Ainsi il y a trois héritiers pour portions égales, *Primus, Secundus* et *Tertius;* ce dernier est évincé d'un objet mis dans son lot, qui vaut 300 fr.; chacun des deux autres est tenu de l'indemniser pour un tiers, soit jusqu'à concurrence de 100 fr. L'évincé sera donc lui-même en perte de 100 fr. : ce qui est juste, car s'il obtenait la réparation intégrale du préjudice causé par l'éviction, il se trouverait en définitive avoir plus que ses cohéritiers, et sous prétexte de rétablir l'égalité on la violerait. Si *Primus* est insolvable, *Tertius* pourra recourir contre *Secundus* pour 150 fr., et sera lui-même en perte de pareille somme. L'insolvabilité de l'un des cohéritiers est un sinistre commun, qui doit peser sur tous les cohéritiers *également,* dit notre article, ou, en termes plus exacts, proportionnellement à leurs parts héréditaires. La loi veut parler évidemment d'une égalité relative aux vocations héréditaires, c'est-à-dire d'une égalité proportionnelle.

333. L'indemnité fournie au garanti doit être pécuniaire. A quelle époque se place-t-on pour en calculer le montant? L'art. 885 dit que l'indemnité doit être égale à la perte *causée par l'éviction.* D'où nous

conclurons qu'il faut se placer à l'époque de l'éviction pour apprécier la valeur de l'objet évincé, et par suite le *quantum* de l'indemnité à attribuer à l'évincé. Il y a toutefois quelque doute sur ce point.

334. L'action en garantie s'exerce par voie principale ou par voie incidente : — *Par voie principale,* lorsqu'elle est intentée après l'éviction consommée; — *Par voie incidente,* lorsqu'elle est exercée pendant le cours de l'instance qui aboutira peut-être à l'éviction, par conséquent avant que l'éviction constitue un fait accompli; l'action en garantie est dite alors *incidente,* parce que *incidit in litem.* Ce dernier mode de procéder est préférable, quand on peut l'employer. Outre qu'il procure une économie de frais, il a l'avantage de mettre en cause les cohéritiers de l'évincé, qui pourront ainsi faire valoir les moyens propres à conjurer l'éviction, et ne seront pas fondés à soutenir, si elle vient plus tard à se réaliser, que l'évincé s'est mal défendu, qu'il a souffert l'éviction par sa faute, et que par suite ils n'en sont pas responsables (Cpr. art. 1640).

335. Durée de l'action en garantie. — L'action en garantie se prescrit par trente ans, conformément au droit commun, aucune disposition spéciale n'en ayant limité la durée à un terme plus court. Arg. art. 2262. Les trente ans courent à compter de l'éviction (art. 2267 al. 3).

Cette double règle reçoit exception dans le cas particulier que prévoit l'art. 886, ainsi conçu : « *La garantie de la solvabilité du débiteur* » *d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le* » *partage. Il n'y a pas lieu à garantie à raison de l'insolvabilité du* » *débiteur, quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé* ».

Avant de mettre en relief la double dérogation que nous venons d'annoncer, faisons quelques observations préliminaires. Il résulte de notre texte que les cohéritiers se doivent respectivement la garantie, non seulement à raison de l'*existence* des rentes comprises dans le partage, mais encore à raison de la solvabilité *actuelle* du débiteur de ces rentes, c'est-à-dire de sa solvabilité au temps du partage. C'est justice; car, si l'insolvabilité du débiteur de la rente, au temps du partage, devait nuire exclusivement au cohéritier dans le lot duquel la rente a été mise, celui-ci n'obtiendrait, audit cas d'insolvabilité, qu'une valeur nominale dont il ne tirerait aucun profit, et le principe d'égalité entre les héritiers serait sacrifié ou du moins ne serait respecté que pour la forme. Mais les cohéritiers ne répondent pas de la solvabilité future du débiteur de la rente; son insolvabilité survenue *après le partage* nuira donc au cohéritier dans le lot duquel la rente a été mise. C'est un cas fortuit, dont il doit supporter seul les conséquences, comme ses cohéritiers subiraient seuls aussi les conséquences des cas fortuits qui feraient périr les biens à eux attribués par le partage.

Dans notre ancien droit, les cohéritiers étaient garants, non seulement de la solvabilité actuelle, mais aussi de la solvabilité future des débiteurs des rentes comprises dans le partage. Solution que Pothier croyait justifier en disant : « Une rente

» est un être *successif*, dont la réalité consiste dans les arrérages qui en courront » jusqu'au rachat qui en est fait : c'est pourquoi, lorsque par l'insolvabilité du débi- » teur je cesse de percevoir les arrérages d'une rente tombée dans mon lot, je suis » censé n'avoir pas reçu toute la chose tombée dans mon lot, et n'être pas égal à » mes copartageants qui ont reçu tout ce qui est tombé dans le leur ; d'où il suit » que, pour rétablir l'égalité, ils doivent me la parfournir » (traité de la vente, n. 634). Cette solution engendrait de grands inconvénients pratiques, les partages pouvant être voués à une perpétuelle incertitude, par suite de l'obligation imposée aux cohéritiers de répondre de l'insolvabilité du débiteur de la rente, survenue « même cent ans après le partage », comme le dit Lebrun. En outre, il est douteux qu'elle soit fondée sur une appréciation exacte du caractère de la rente. Pothier considère la rente comme *un être successif*, dont la réalité consiste dans les arrérages, qui sont comme autant de créances distinctes et principales. Ce n'est pas la manière de voir de notre législateur. Pour lui la rente est un être juridique complet par lui-même, et dont les arrérages ne sont que les fruits (t. I, n. 1347). L'héritier qui reçoit dans son lot une rente dont le débiteur est alors solvable, reçoit donc une valeur réelle, égale à celle que reçoivent ses cohéritiers, quoique d'une nature différente, et l'insolvabilité postérieure du débiteur de la rente ne doit pas plus donner lieu à la garantie que le cas fortuit, qui aurait fait périr postérieurement au partage la maison attribuée à un autre cohéritier.

Ainsi les cohéritiers sont garants : 1° de l'existence des rentes comprises dans le partage ; 2° de la solvabilité du débiteur de la rente au temps du partage.

Jusqu'ici la disposition de l'art. 886 doit être approuvée sans réserves. Il n'en est peut-être pas tout à fait ainsi des deux dérogations au droit commun qu'il consacre et dont voici la substance : 1° la garantie à raison de la solvabilité actuelle du débiteur d'une rente comprise dans le partage ne peut être exercée que pendant cinq ans, tandis que la durée ordinaire de la prescription est de trente ans (art. 2262) ; 2° les cinq années courent à dater du partage, au lieu de courir, comme cela devrait avoir lieu d'après les règles du droit commun, à dater de l'éviction, c'est-à-dire à dater du jour où le débiteur cesse le paiement des arrérages (art. 2257 al. 3). Tout ce qu'on peut dire pour justifier cette double dérogation, c'est que, cinq ans après le partage, il serait peut-être difficile de constater que le débiteur de la rente était insolvable lors du partage.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, sur les deux points en question, l'art. 886 doit, à titre de disposition exceptionnelle, recevoir l'interprétation restrictive.

De là il faut conclure que la prescription spéciale organisée par l'art. 886 ne s'applique, ni pour sa durée, ni pour son point de départ :

1° *A la garantie relative à* L'EXISTENCE de la rente au temps du partage; l'article ne parle que de la garantie relative à la solvabilité (actuelle) du débiteur de la rente. L'action en garantie relative à l'existence de la rente se prescrirait donc, conformément au droit commun, par trente ans à dater de l'éviction, c'est-à-dire à dater du jour où la non-existence de la rente a été constatée.

2° *A la garantie relative aux créances*. L'action en garantie, relative à l'existence des créances comprises dans le partage et à la solvabilité actuelle du débiteur de ces créances, se prescrirait donc par trente ans.

* On voit que, pour les créances comprises dans le partage, comme pour les rentes, la garantie est due à raison de leur existence et à raison de la solvabilité actuelle du débiteur. L'art. 886 ne fait sur ces deux points qu'appliquer le droit commun aux rentes, et il n'y a pas de raison pour s'en écarter en ce qui concerne les créances. La loi s'en est bien écartée en matière de cession de créance : le cédant ne garantit que l'existence de la créance au temps du transport; il ne garantit pas la solvabilité, même actuelle, du débiteur, à moins qu'il ne s'y soit formellement engagé (art. 1693 et 1694). Mais cette dérogation au droit commun, fondée sur la nature de la cession de créance, qui est un acte de spéculation, et aussi sur le peu de faveur accordé aux acheteurs de créances, n'avait pas sa raison d'être en matière de partage, acte duquel la spéculation doit être bannie et auquel doit présider la plus rigoureuse égalité.

SECTION V

DE LA RESCISION EN MATIÈRE DE PARTAGE

336. Le législateur ne s'occupe ici que des cas où le partage est *nul, annulable* u *rescindable,* expressions synonymes, et non de ceux où il est *inexistant :* ce qui arriverait par exemple s'il n'avait pas été fait entre tous les ayant droit. Sur la distinction des actes nuls et des actes inexistants, cpr. t. I, n. 495, et t. II, n.n. 1148 à 1150.

I. *Quelles sont les causes de nullité du partage.*

337. Nous en avons déjà rencontré deux : 1° celle qui tient à l'incapacité de l'un des copartageants, soit qu'il ait figuré lui-même au partage auquel aurait dû figurer son représentant légal, soit que, l'incapable ayant été dûment représenté, les formes prescrites par la loi n'aient pas été observées (art. 817, 818 et 840); 2° celle résultant de l'inégalité dans la composition des lots (art. 832).

Trois autres causes de nullité : le dol, la violence et la lésion de plus du quart, sont indiquées par l'art. 887, ainsi conçu : « *Les partages » peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol. — Il peut aussi » y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préju- » dice, une lésion de plus du quart. La simple omission d'un objet de la » succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seule- » ment à un supplément à l'acte de partage* ».

Il y a lieu de remarquer à ce sujet :

D'une part, que le législateur consacre ici une cause de nullité qui n'est pas admise en principe dans les autres contrats, du moins entre majeurs, la lésion (art. 1118).

D'autre part, qu'il ne mentionne pas l'erreur, qui est sous certaines conditions une cause de nullité des contrats en général (art. 1109 et 1110). Cette omission a été faite intentionnellement, ainsi que cela résulte de la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat lors de la confection de la loi. Il y a été dit en substance que, toutes les fois que l'erreur se présentera en matière de partage avec des caractères qui, d'après les règles du droit commun, en feraient une cause de nullité, ou elle se confondra avec la lésion, qui est une cause spéciale de rescision du partage sous la condition qu'elle atteigne un certain taux, ou bien il sera possible d'obtenir la réparation du préjudice qu'elle cause, par un moyen autre que l'annulation du partage

ce qui sera préférable. Et en effet, l'erreur consiste-t-elle dans la fausse appréciation de la valeur d'un bien compris dans le partage? elle se confond évidemment avec la lésion. Consiste-t-elle à avoir omis au partage un des biens faisant partie de la masse héréditaire? il y aura lieu à un supplément de partage pour les objets omis (art. 887 *in fine*). Il en sera de même, si l'on a admis au partage une personne qui n'avait pas le droit d'y prendre part : les biens qui lui ont été attribués à tort, puisqu'elle n'avait pas la qualité de cohéritier, seront l'objet d'un partage supplémentaire entre les véritables ayant droit. Enfin, si par erreur on a compris dans le partage des biens qui n'appartenaient pas à la succession, l'héritier, dans le lot duquel ces biens auront été mis, agira par l'action en garantie.

On est d'accord pour admettre que les erreurs de calcul commises dans un partage devraient être réparées, quand même elles n'occasionneraient pour aucun des cohéritiers une lésion de plus du quart (arg. *a fortiori* des art. 2052 et 2058).

Passons maintenant en revue les diverses causes de nullité dont le législateur s'occupe dans notre section, savoir : la violence, le dol et la lésion.

1° et 2° *De la nullité fondée sur le dol ou sur la violence.*

338. Le législateur n'ayant édicté aucune règle particulière en ce qui concerne ces deux causes de nullité, on doit en conclure qu'elles demeurent ici régies par les règles du droit commun (v. art. 1111 et s.). Nous mentionnerons toutefois, en parlant des fins de non-recevoir contre l'action en nullité, une particularité qui résulte de l'art. 892.

3° *De la rescision pour cause de lésion.*

339. La lésion est le préjudice qu'éprouve une partie dans un contrat. Ici le préjudice consiste en ce que l'un des cohéritiers n'obtient pas par le partage l'équivalent en propriété divisée de sa part de propriété indivise ; il obtient donc moins qu'il n'aurait dû obtenir.

En général, les contrats ne sont pas rescindables pour cause de lésion (art. 1118). Ils constituent le plus souvent un acte de spéculation, et l'égalité n'est pas de rigueur entre spéculateurs : l'un aura bien spéculé, l'autre mal ; l'avantage restera au plus habile. Il en est autrement du partage, qui n'est pas un acte de *spéculation,* mais bien de *liquidation,* dans lequel chacun des intéressés cherche seulement à obtenir ce à quoi il a droit ; il est donc conforme à sa nature que les contractants y soient traités sur le pied d'une rigoureuse égalité, suivant cet axiome de Loysel : « L'égalité est l'âme des partages ». Le partage est vicié dans son essence, quand cette égalité n'a pas été observée. De là la rescision pour cause de lésion.

On comprend toutefois que le législateur ne pouvait pas tenir compte d'une lésion quelconque, si minime qu'elle fût ; autrement il n'y aurait guère eu de partages à l'abri de la rescision, les partages se ressentant nécessairement de l'imperfection de toutes les œuvres humaines. Aussi l'art. 887 décide-t-il que la lésion doit être de *plus du quart* pour autoriser la rescision ; une lésion du quart tout juste ne suffirait pas. En d'autres termes, il faut, pour que la rescision soit possible, que l'un

des héritiers ait obtenu moins des trois quarts de la part héréditaire à laquelle il avait droit.

Mais d'ailleurs la rescision doit être prononcée sitôt que la lésion subie par un cohéritier excèdera le quart, quelque minime que soit l'excédent : le mot *peut*, qu'emploie l'art. 887, fait allusion, non à la faculté qui appartiendrait au juge de prononcer ou de ne pas prononcer la rescision quand il y a lésion de plus du quart, mais à la faculté qui appartient au cohéritier victime de la lésion de demander ou de ne pas demander la rescision.

D'autre part, la rescision pour cause de lésion ne serait pas possible, si aucun des copartageants n'était lésé de plus du quart, quel que fût d'ailleurs l'avantage obtenu par l'un d'entre eux dans le partage. Ainsi dix cohéritiers se partagent une succession, dont l'actif net s'élève à 120,000 fr.; neuf des cohéritiers obtiennent chacun un lot valant 9,000 fr., total : 81,000 fr., et le dixième, un lot valant 39,000 fr. Aucun des cohéritiers lésés ne pourra demander la rescision pour cause de lésion; chacun d'eux en effet est lésé du quart tout juste. Mais il sera rare qu'un partage aussi inégal ne soit pas entaché de quelque autre cause de nullité : la violence ou le dol.

340. A quelle époque faut-il se placer pour juger s'il y a lésion de plus du quart? L'art. 890 répond : « *Pour juger s'il y a eu lésion, on » estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage* ». Le législateur aurait pu se dispenser de formuler cette règle, tant elle est fondée en raison. En effet, tout ce qu'il est possible d'exiger, c'est que l'égalité soit observée entre les cohéritiers, au moment du partage. Mille événements postérieurs, dont quelques-uns ne peuvent être ni prévus ni empêchés, viendront souvent détruire cette égalité; il était impossible de les faire entrer en ligne de compte. On devra donc se reporter par la pensée à l'époque du partage, et, faisant abstraction des augmentations ou des diminutions de valeur que les biens ont pu subir depuis cette époque, estimer ce qu'ils valaient alors, et apprécier d'après cette base s'il y a eu lésion, et lésion de plus du quart, au préjudice du cohéritier qui demande la rescision. Il va sans dire que l'estimation contenue dans l'acte de partage ne doit pas nécessairement être acceptée; elle peut être erronée.

La lésion de plus du quart doit exister sur l'ensemble des biens échus par le partage à l'héritier qui intente l'action en rescision. Q'importe qu'on lui ait attribué pour 20,000 fr. un bien qui n'en valait en réalité que 10,000, si, d'autre part, et dans le même partage, on lui a attribué pour 15,000 fr. un bien qui en valait 25,000? Il gagne d'un côté ce qu'il perd de l'autre; par suite il n'y a pas lésion.

341. Quels partages sont rescindables pour cause de lésion. — Tous sans exception; car la loi ne distingue pas. Le partage judiciaire n'échappe pas plus à cette règle que le partage amiable. Il est également indifférent que les lots aient été ou non tirés au sort. Enfin la rescision pour cause de lésion est susceptible de s'appliquer à un partage partiel aussi bien qu'au partage total.

S'il a été fait plusieurs partages partiels, celui des cohéritiers qui aurait été lésé de plus du quart dans un de ces partages seulement ou dans quelques-uns, n'aurait

pas nécessairement pour cela le droit d'en obtenir la rescision. La lésion doit être appréciée par rapport à l'ensemble des partages, et il faut que la valeur réunie des divers lots, attribués dans chacun d'eux à l'héritier qui demande la rescision, n'atteigne pas les trois quarts de ce qu'il aurait dû obtenir dans l'ensemble de ces partages : auquel cas il y aura lieu de les rescinder tous. En effet les différents partages, que les héritiers ont faits successivement d'une même masse indivise, sont en quelque sorte des phases diverses d'une seule et même opération ; il faut donc les apprécier dans leur ensemble, et non les isoler les uns des autres. Autrement, comme le dit fort bien la cour de cassation, les tribunaux pourraient être conduits à reconnaître l'existence d'une lésion qui n'a rien de réel ; car la lésion, que l'un des cohéritiers a subie dans l'un des partages, a pu être compensée et au delà par l'avantage qu'il a obtenu dans un partage ultérieur.

De là il ne faudrait pas conclure que, lorsqu'il a été fait un premier partage partiel, l'héritier lésé de plus du quart ne pourra l'attaquer qu'après que les autres partages partiels auront été faits, sous prétexte que la lésion qui lui a été causée par le premier partage *pourra* être réparée par les partages ultérieurs. Cette simple possiblité (ce n'est pas même une probabilité) ne peut, dans le silence de la loi, constituer une fin de non-recevoir contre l'héritier lésé, dont l'intérêt à agir immédiatement en rescision n'est pas contestable.

342. Un partage serait rescindable pour cause de lésion, alors même que les parties lui auraient donné la fausse qualification de vente, d'échange, de transaction ou toute autre; c'est ce qui résulte de l'art. 888 al. 1, ainsi conçu : « *L'action en rescision est admise contre » tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, » encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de » toute autre manière* ». C'eût été vraiment trop commode, si les parties avaient pu éluder l'action en rescision pour cause de lésion au moyen d'un aussi misérable stratagème que celui qui consiste à donner à l'acte une fausse qualification. Ici comme partout, il faut considérer la chose sans se préoccuper du nom, suivant l'adage *Plus valet quod actum est quam quod simulatur.*

Cela paraît tellement évident qu'il est difficile de croire que notre texte ne veuille pas dire autre chose. Et en effet il résulte de la généralité de ses termes qu'il s'applique, non seulement au cas où les parties ont fait un véritable partage, qu'elles ont faussement qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute autre manière, mais aussi à celui où elles ont fait une véritable vente, un véritable échange, une véritable transaction, si cette vente, cet échange ou cette transaction a eu pour but et pour résultat de faire cesser l'indivision. De telle sorte que ce ne sont pas seulement les partages déguisés sous le nom de vente, d'échange, de transaction... qui sont rescindables pour cause de lésion, mais aussi les véritables ventes, les véritables échanges, les véritables transactions que les parties ont faits dans le but de mettre fin à l'indivision et qui effectivement produisent ce résultat. Ainsi, il y a deux héritiers, *Primus* et *Secundus,* et un immeuble héréditaire, composant à lui seul la masse partageable ; pas de dettes ; *Primus* vend à *Secundus* sa part héréditaire dans l'immeuble moyennant 20,000 fr. C'est bien une véritable vente, et cependant, comme elle a pour but et pour résultat de faire cesser l'indivision, elle sera rescindable pour cause de lésion de plus du quart, ainsi que le serait un partage.

Mais il faut pour cela que l'opération ait eu pour but en même temps que pour résultat, pour *objet,* comme dit l'art. 888 de faire cesser l'indivision ; il ne suffirait

pas qu'elle produisit ce résultat, si elle a été faite dans un autre but. Ainsi, dans l'espèce précédente, si *Primus* a fait donation de sa part héréditaire à *Secundus*, l'opération ne sera pas rescindable pour cause de lésion; elle a bien eu pour résultat de faire cesser l'indivision, mais autre était son but : c'était l'intention de gratifier *Secundus*.

* **343.** Les principes qui viennent d'être exposés donnent la clé de difficultés relatives à la transaction.

La transaction, qui est faite par les copartageants dans le but de mettre fin à l'indivision et qui produit effectivement ce résultat, est incontestablement rescindable pour cause de lésion de plus du quart, soit qu'il s'agisse d'un véritable partage déguisé sous le nom de transaction, soit qu'il s'agisse d'une véritable transaction, d'une transaction sérieuse équivalente à partage (Cass., 3 décembre 1878, Sir., 80. 1. 32).

Mais la transaction, qui survient entre cohéritiers avant le partage ou pendant son cours, et qui a pour but, non de mettre fin à l'indivision, mais de préparer le partage et de le rendre possible en tranchant des difficultés sérieuses qui se sont élevées entre les copartageants, n'est pas rescindable pour cause de lésion, et l'art. 888 al. 1 n'est pas applicable à cette transaction qui reste sous l'empire de l'art. 2052 al. 2. Telle serait la transaction, par laquelle les cohéritiers videraient une contestation sur la quotité du droit héréditaire de l'un d'eux ou sur la validité d'un don qui lui a été fait par préciput.

Il en serait de même de la transaction faite après le partage consommé, et par laquelle les copartageants trancheraient des difficultés sérieuses auxquelles donnerait lieu l'exécution de l'acte de partage. C'est ce que dit l'art. 888 al. 2, ainsi conçu : « *Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision » n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que pré- » sentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès » commencé* ». Et cette disposition, qui n'est qu'une conséquence logique et toute simple du principe posé par la première partie de l'article, aurait pu sans danger être sous-entendue par le législateur. — Notons que, pour que la transaction dont il vient d'être parlé échappe à la rescision pour cause de lésion, il faut qu'elle soit exempte de fraude; c'est l'idée qu'entend exprimer l'art. 888, quand il parle d'une transaction faite *sur des difficultés réelles*. Si donc il apparaissait que les difficultés au sujet desquelles la transaction est survenue sont imaginaires, ou que ces difficultés ont été créées intentionnellement par les copartageants dans l'acte de partage, en vue de la transaction ultérieure qui devait y mettre fin, le tout dans le but de rendre impossible, contrairement au vœu de la loi, l'exercice de l'action en rescision pour cause de lésion, ou s'il était impossible de séparer la transaction du partage, l'exception formulée par l'art. 888 al. 2 ne s'appliquerait plus, et la transaction, de même que le partage auquel elle se lie, serait rescindable pour cause de lésion de plus du quart. En un mot, la loi déjoue toutes les fraudes, à l'aide desquelles les parties pourraient chercher à soustraire le partage à la rescision pour cause de lésion.

344. Aux termes de l'art. 889 : « *L'action* [*en rescision*] *n'est pas admise contre » une vente de droit successif faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses ris- » ques et périls, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux* ». C'est une exception à la règle posée par l'article précédent, qui déclare rescindable pour cause de lésion tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, *encore qu'il ait été qualifié de vente*. Une vente de droits successifs faite de cohéritier à cohéritier a pour objet de faire cesser l'indivision, au moins par rapport à celui qui cède son droit; souvent même elle fera cesser l'indivision par rapport à tous les cohéritiers, auquel cas elle équivaudra à un véritable partage; et cependant elle ne sera

pas rescindable pour cause de lésion. Mais, pour qu'il en soit ainsi, notre article exige trois conditions.:

1° Qu'il s'agisse d'une vente de droits successifs, c'est-à-dire que la vente porte sur le *nomen hereditarium,* sur le droit héréditaire du cédant, biens et dettes, de sorte que l'émolument du cessionnaire sera diminué des dettes comprises dans le droit cédé et dont le montant exact sera souvent ignoré.

2° Que la cession ait été faite aux risques et périls du cessionnaire, c'est-à-dire sans aucune garantie de la valeur *réelle* du droit cédé, de sorte que le cessionnaire n'aura aucune réclamation à élever, si les dettes diminuent considérablement son émolument ou l'absorbent. Le cessionnaire prend donc à sa charge l'*incertum æris alieni:* ce qui donne à la cession un caractère aléatoire. C'est surtout par ce côté que la vente de droits successifs diffère des autres ventes équivalentes à partage, dont parle l'article précédent, et on comprend qu'à la différence de ces dernières elle échappe à la rescision pour cause de lésion. D'ailleurs il suffit que la vente soit en réalité faite aux risques et périls du cessionnaire : il n'est pas nécessaire que cette condition soit exprimée dans l'acte de cession.

3° Que la cession soit faite sans fraude. *Fraus omnia corrumpit.* « Cette décision » n'a lieu, dit Pothier, que lorsque les deux contractants n'étaient pas plus instruits » l'un que l'autre des forces de la succession ». C'est là certainement l'idée que notre article a voulu exprimer par les mots *faite sans fraude.* Si donc il y a fraude, la cession sera rescindable pour cause de lésion, conformément au droit commun, sans même qu'il soit nécessaire que le cohéritier qui connaissait exactement la situation ait usé de manœuvres dolosives. Si cette complication se présentait, il n'y aurait plus seulement *fraude,* mais *dol,* et la cession de droits successifs deviendrait rescindable indépendamment de toute lésion.

345. Aux termes de l'art. 891 : « *Le défendeur à la demande en res-* » *cision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en* » *offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion* » *héréditaire, soit en numéraire, soit en nature* ». Cpr. art. 1681. Disposition qui offre au point de vue pratique des avantages incontestables, la rescision d'un partage étant toujours fort regrettable, à raison des conséquences graves qu'elle peut entraîner. Elle se justifie d'ailleurs très facilement; car le supplément fourni au cohéritier lésé fait disparaître la lésion, et par suite la cause de l'action en rescision.

Le supplément à payer par le cohéritier qui veut échapper à la rescision doit être calculé de façon à faire disparaître la lésion. Il doit donc former le complément de la part héréditaire du cohéritier demandeur en rescision, ou en d'autres termes être égal à la différence entre la valeur de la part héréditaire qu'il a obtenue au partage et la valeur de celle qu'il aurait dû obtenir si l'égalité eût été observée. Par où l'on voit que, pour calculer le montant du supplément, de même que pour juger s'il y a eu lésion de plus du quart, il faut se reporter à l'époque du partage et estimer les biens héréditaires d'après leur valeur à cette époque.

Le supplément de la juste part héréditaire du demandeur en rescision doit être payé intégralement. Il ne suffirait pas de payer une somme suffisante pour réduire la lésion au quart tout juste (art. 891).

* Le défendeur à l'action en rescision n'aurait même pas le droit d'opérer à son profit, sur le montant du supplément, une déduction analogue à celle que la loi autorise au profit de l'acheteur en cas de rescision de la vente (art. 1681). Cette déduction, qui a en définitive pour résultat d'autoriser l'acheteur à échapper à la rescision en ne fournissant au vendeur qu'une réparation partielle de la lésion, s'explique par le caractère particulier de la vente, qui, étant un acte de spéculation, se prête naturellement à une certaine inégalité entre les contractants; le législateur n'a pas voulu que l'acheteur, qui a entendu faire une bonne spéculation, fût privé de tout profit. Ces raisons sont sans application au partage, acte de liquidation, auquel doit présider une rigoureuse égalité.

Le supplément peut être payé, soit en numéraire, soit *en nature*, c'est-à-dire en biens héréditaires (art. 891). Notre législateur a consacré sur ce point comme sur bien d'autres l'opinion de Pothier, contraire à celle de Dumoulin et de Lebrun, qui, poussant peut-être un peu loin les conséquences du principe de l'égalité, enseignaient que le supplément devait toujours être payé en nature.

La loi ne disant pas à qui appartiendra le choix entre le paiement en argent et le paiement en nature, il faut l'accorder au débiteur (arg. art. 1247 *in fine*).

Les biens héréditaires, donnés en paiement du supplément, doivent être estimés d'après leur valeur au moment du paiement. Le défendeur à l'action en rescision pourrait en effet payer une certaine somme d'argent; s'il se libère en biens héréditaires, il doit donner l'équivalent de cette somme; il donnerait peut-être plus ou moins, si les biens étaient estimés d'après leur valeur au moment du partage.

* Le défendeur à l'action en rescision peut payer utilement le supplément pendant tout le cours de l'instance. Il le peut aussi lorsque la rescision a été prononcée, si la décision judiciaire n'a pas encore acquis l'autorité définitive de la chose jugée. Le peut-il encore après? Sur ce point, il y a quelque doute. L'affirmative paraît résulter : 1° de ces mots de l'art. 891 *et empêcher un nouveau partage*, qui, entendus autrement, constitueraient une redondance inutile des mots qui précèdent : *en arrêter le cours;* 2° de l'art. 1681, qui autorise l'acheteur à payer le supplément du juste prix après que la rescision a été prononcée; on ne verrait pas bien la raison de la différence, qui existerait à ce point de vue entre la rescision de la vente et celle du partage; 3° des motifs de la loi et de la généralité de son texte.

Bien que l'art. 891 suppose le cas où il n'y a qu'un seul défendeur à l'action en rescision, sa disposition serait certainement applicable s'il y en avait plusieurs. *Eadem est ratio.* Dans ce cas, les défendeurs doivent s'entendre pour répartir entre eux la charge du supplément, et s'ils n'y parviennent pas le partage sera nécessairement rescindé. A moins qu'un seul ou quelques-uns des défendeurs ne consentent à payer intégralement le supplément, et alors ils n'auraient pas de recours contre les autres, car le paiement du supplément est *in facultate solutionis.*

Ecrit en vue des partages rescindables pour cause de lésion, l'art. 891 n'est pas applicable aux partages rescindables pour cause de dol ou de violence. Le paiement d'un supplément ne ferait pas ici disparaître le vice dont le partage est entaché. D'ailleurs l'héritier victime du dol ou de la violence n'a peut-être pas été lésé; il se peut que son intérêt consiste uniquement à obtenir un lot mieux à sa convenance. Un nouveau partage opéré à la suite de la rescision est seul susceptible de lui donner satisfaction.

II. *De la ratification des partages entachés de nullité.*

346. Le partage, nul pour une des causes indiquées en cette section, n'est pas un acte inexistant, mais seulement imparfait, vicié. Le vice dont il est atteint peut disparaître par suite d'une confirmation ou ratification émanée de celui auquel appartient l'action en nullité. Cette confirmation ou ratification, qui n'est pas autre chose qu'une renonciation au droit d'exercer l'action en nullité, peut être expresse ou tacite.

347. A. *Confirmation ou ratification expresse.* Elle doit être faite dans les formes prescrites par l'art. 1338.

Cette fin de non-recevoir, que tout le monde reconnaît applicable à l'action en nullité fondée sur le dol ou sur la violence, doit aussi être admise en ce qui concerne l'action en rescision pour cause de lésion, malgré les quelques dissidences qui se sont produites sur ce point. En effet, rationnellement, on ne verrait pas pourquoi les partages rescindables pour cause de lésion ne seraient pas susceptibles de ratification expresse. D'ailleurs l'art. 1338, qui autorise la ratification expresse pour les contrats annulables ou rescindables, est conçu dans les termes les plus généraux. *Adde* arg. art. 1676.

348. B. *Confirmation ou ratification tacite.* Elle peut résulter :

a. De l'expiration du délai de dix ans à dater du jour où l'action en nullité a pu être exercée. Arg. art. 1304. Le cohéritier, qui reste dans l'inaction pendant un aussi long délai, est censé avoir renoncé à son droit d'attaquer le partage, et par suite l'avoir ratifié.

b. De l'exécution volontaire du partage (art. 1338 al. 2) : par exemple si le cohéritier, auquel appartient l'action en nullité, a payé la soulte que l'acte de partage met à sa charge. Exécuter volontairement le partage, c'est l'approuver tacitement. Et toutefois l'exécution volontaire n'emporte ratification tacite qu'autant qu'elle est survenue à un moment où le cohéritier avait connaissance de la nullité dont le partage était atteint ; car il ne peut pas renoncer, bien évidemment, à une cause de nullité qu'il ignore.

Cette fin de non-recevoir s'applique à l'action en rescision pour cause de lésion, comme à l'action en nullité pour cause de dol ou de violence. Le contraire ne peut être soutenu que par ceux qui admettent l'impossibilité d'une ratification expresse pour les partages entachés de lésion.

c. De l'aliénation que fait le cohéritier, auquel appartient l'action en nullité, de tout ou partie des objets compris dans son lot. — L'art. 892 dit à ce sujet : « *Le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie,* » *n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence,* » *si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à* » *la cessation de la violence* ».

On a donné une fausse explication de ce texte, en disant que l'aliénation, faite dans les conditions qu'il détermine, constitue une *exécution volontaire* du partage. Un cohéritier exécute volontairement le partage en remplissant les obligations qu'il

lui impose, par exemple en payant la soulte dont il a été chargé, mais non en aliénant les objets mis dans son lot. Nous avons ici un cas particulier de ratification tacite, tout différent de l'exécution volontaire, et que le législateur devait mentionner pour qu'il pût être admis. Le cohéritier, qui aliène tout ou partie des biens compris dans son lot, après la cessation de la violence ou la découverte du dol, a été considéré à juste titre comme ratifiant le partage, puisqu'il se comporte comme un propriétaire incommutable. Au surplus, si l'aliénation dont parle l'art. 892 constituait une exécution volontaire du partage, sa disposition serait inutile en présence de l'art. 1338.

Ainsi qu'on vient de le voir, l'art. 892 déroge au droit commun. La fin de non-recevoir qu'il établit ne devrait donc pas être étendue à l'action en rescision pour cause de lésion ; car la loi ne parle que de l'action en rescision *pour dol ou violence. Exceptio est strictissimæ interpretationis.* D'ailleurs, on s'explique à merveille que l'hypothèse de la lésion ait été exclue. C'est peut-être un pressant besoin d'argent qui a forcé le cohéritier victime de la lésion à accepter un lot d'une valeur inférieure à celui des autres : il l'a accepté pour en finir plus promptement ; ce même besoin d'argent l'aura forcé à vendre les biens compris dans son lot, et par conséquent l'aliénation qu'il a faite n'implique pas nécessairement ratification du partage. La question toutefois est controversée.

D'autre part, les motifs, sur lesquels est fondée notre disposition, commandent d'en restreindre l'application au cas d'aliénation *volontaire.* Comment pourrait-on voir une ratification tacite du partage dans l'expropriation forcée que subirait l'héritier auquel appartient l'action en nullité ?

III. *Effets de la rescision prononcée.*

349. La rescision une fois prononcée, remet en principe toutes choses au même état que si le partage annulé n'avait jamais existé. Cette règle reçoit son application soit entre les cohéritiers, soit à l'égard des tiers.

Entre les cohéritiers. L'indivision est donc rétablie, et un nouveau partage devient nécessaire ; c'est précisément pour l'obtenir qu'on fait rescinder le premier partage.

Le nouveau partage n'étant possible qu'avec le concours de tous les cohéritiers, on doit en conclure que l'action en rescision doit être dirigée contre eux tous. En effet, si un seul d'entre eux n'était pas partie à l'instance en rescision, le jugement qui rescinderait le partage n'aurait pas par rapport à lui l'autorité de la chose jugée (arg. art. 1351) ; légalement le premier partage ne serait pas rescindé à son égard, et on ne pourrait pas le forcer à concourir au nouveau.

A l'égard des tiers. D'où il résulte que les aliénations et les droits réels, consentis par un héritier sur un immeuble mis dans son lot, s'évanouissent, si, par le résultat du nouveau partage, cet immeuble tombe dans le lot d'un autre héritier. Arg. art. 883, 1183, 1681, 2125.

TITRE II

Des donations entre-vifs et des testaments.

350. Ce titre traite des modes de disposer *à titre gratuit*. On les désigne sous le nom générique de *donations*.

Les sources principales, auxquelles le législateur a puisé pour organiser dans notre droit actuel la matière des donations entre vifs et testamentaires, sont l'ordonnance de 1731 sur les donations et l'ordonnance de 1735 sur les testaments, dont les dispositions ont été complétées sur certains points et modifiées sur d'autres par des emprunts faits au droit romain et à notre ancien droit français. En cas de collision entre ces deux législations, c'est en général à la dernière que le législateur moderne a donné la préférence.

351. Trois intérêts différents devaient en cette matière éveiller la sollicitude du législateur, savoir : l'intérêt du donateur, celui de sa famille et celui de la société.

a. L'intérêt du donateur, qui se dépouille gratuitement, sans compensation. Il importe de le prémunir contre des libéralités trop peu réfléchies, qu'il regrettera peut-être amèrement plus tard. Loysel n'a pas dit sans raison (*Instit. coutum.*, n. 668) :

> Qui le sien donne avant mourir,
> Bientôt s'apprête à moult souffrir.

C'est à cet ordre d'idées que se rattachent, en partie au moins, les règles sur les formes solennelles des donations, et celles relatives à la capacité de disposer et de recevoir.

b. L'intérêt des parents du disposant, qui sont dépouillés par la donation. Les règles sur les formes solennelles de la donation leur offrent certaines garanties contre les libéralités, qui seraient le résultat d'une affection capricieuse ou d'un mécontentement passager du donateur. A un autre point de vue, les règles relatives à la réserve et à la quotité disponible assurent à certains parents très proches du disposant, qu'on appelle *héritiers réservataires,* une partie de son patrimoine, qui ne peut leur être soustraite par des dispositions à titre gratuit.

c. Enfin *l'intérêt de la société,* à laquelle il importe que les biens ne soient pas détournés de leur destination naturelle, qui est de revenir après la mort de chacun de nous à ses plus proches parents.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

352. Il n'y a plus dans notre droit que deux modes de disposer à titre gratuit, savoir la donation entre vifs et le testament. C'est ce qui résulte de l'art. 893, ainsi conçu : « *On ne pourra disposer de ses biens,* » *à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les* » *formes ci-après établies* ».

Ce texte, ainsi que l'a expliqué le tribun Jaubert, proscrit un troisième mode de disposer à titre gratuit, que la législation romaine avait légué à nos pays de droit écrit, où il était devenu d'un usage assez fréquent, et qui tenait à la fois de la donation entre vifs et de la donation testamentaire : c'est la *donation à cause de mort, mortis causa donatio.*

Voici quels étaient les principaux caractères de ce mode de disposer.

La donation à cause de mort était un contrat; par conséquent elle ne devenait parfaite que par l'acceptation du donataire; à ce point de vue, elle ressemblait à la donation entre vifs. Elle était ordinairement faite en vue d'un danger de mort plus ou moins imminent, auquel le donateur se voyait exposé, par exemple à la veille d'un combat ou pendant le cours d'une maladie, et elle était résolue de plein droit si le donateur échappait à ce danger. De plus, elle était révocable *ad nutum* par le donateur, et devenait caduque par le prédécès du donataire : ce qui la rapprochait des donations testamentaires. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem : cum quis ita donat ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accipit; sin autem supervixisset is qui donavit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit* (Justin. Inst., liv. II, tit. VII, § 1). La donation à cause de mort pouvait offrir deux variantes, suivant qu'elle était faite sous la condition suspensive de la survie du donataire ou sous la condition résolutoire de son prédécès. Dans le premier cas, le donataire n'acquérait qu'un droit éventuel; dans le deuxième, il acquérait un droit actuel, mais résoluble. Les donations à cause de mort suscitaient dans la pratique des difficultés assez graves, à raison surtout de leur couleur indécise, et c'est probablement pour ce motif que notre législateur les a abolies.

Serait donc nulle toute disposition, qui réunirait les caractères de l'ancienne donation à cause de mort (Cass., 8 novembre 1886. Sir., 87. 1. 33, et la note). Cependant notre code autorise exceptionnellement certaines dispositions qui ont une grande analogie avec cette institution : ce sont les donations de biens à venir faites par contrat de mariage (art. 1082 et s.) et la donation entre époux. La première diffère de la donation à cause de mort, en ce qu'elle est irrévocable, au moins en ce sens que le donateur ne peut plus faire de disposition à titre gratuit au préjudice du donataire (art. 1083); la deuxième, en ce qu'elle n'est pas caduque par le prédécès du donataire (art. 1096).

I. *Notions générales sur la donation entre vifs.*

353. La donation *entre vifs, inter vivos,* est ainsi nommée, parce que *vivens viventi donat;* à la différence de la donation *testamentaire,* qui, étant faite pour après le décès du disposant, doit être considérée

comme l'expression de sa dernière volonté, et se trouve être ainsi en quelque sorte l'œuvre d'un défunt ou tout au moins d'un mourant.

L'art. 894 contient une définition de la donation entre vifs : « *La » donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuel- » lement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire » qui l'accepte* ».

354. La donation entre vifs est un *acte,* dit notre article. Il eût mieux valu dire un *contrat;* car elle suppose nécessairement le concours des volontés du donateur et du donataire, et la définition que l'art. 1101 donne du contrat en général lui convient parfaitement.

Le mot *contrat* figurait dans la rédaction primitive de l'art. 894. Au conseil d'Etat, le premier consul critiqua cette expression, en faisant observer : « que le contrat impose des obligations mutuelles aux contractants, et qu'ainsi cette expression ne pouvait convenir à la donation ». Il est bien vrai que, dans la donation, l'une des parties, le donateur, s'engage seule envers l'autre. Le donataire, lui, ne s'oblige pas; c'est du moins ce qui a lieu en règle générale. Mais tout ce qui résulte de là, c'est que la donation est un contrat *unilatéral* (art. 1103). L'observation du premier consul portait donc à faux. Néanmoins on y fit droit, en remplaçant le mot *contrat* par le mot *acte.* Au surplus, dans la suite de la discussion, on a constamment reconnu que la donation entre vifs est un contrat, et aucun doute sérieux ne peut être élevé sur ce point.

Dans notre droit, les contrats sont consensuels, en règle générale, c'est-à-dire que le consentement des parties suffit à leur perfection. Par exception, certains contrats sont soumis à des formes particulières, prescrites à peine de nullité et même à peine d'inexistence du contrat : on les appelle *solennels.* La donation entre vifs est de ce nombre ; nous en avons dit plus haut les motifs.

Enfin la donation est un contrat de *bienfaisance.* Le donateur procure en effet au donataire un avantage gratuit, puisqu'il ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'il donne (art. 1105).

Toutefois il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait donation, que l'avantage procuré par le donateur au donataire soit *purement* gratuit; le donataire peut en effet se soumettre à certaines charges, que le donateur lui impose à son profit, comme condition de la donation. Il y aura alors *negotium mixtum cum donatione :* ce qui n'empêchera pas le contrat d' être une donation. A moins cependant que les charges ne soient l'équivalent exact du profit que le donataire retire de la donation : auquel cas le contrat serait à titre onéreux, malgré le nom que lui auraient donné les parties. *Contractus non ex nomine sed ex re legem accipiunt.*

355. Par la donation le donateur *s'appauvrit* pour *enrichir* le donataire. Cette idée, que le donateur s'appauvrit, est exprimée dans l'art. 894 par les mots *se dépouille;* et cette autre, que le donataire s'enrichit, par ceux-ci *:* « *en faveur* du donataire ». La donation se distingue par là des autres contrats de bienfaisance, tels que le prêt à usage : le prêteur ne se dépouille pas, puisqu'il a droit à la restitution de la chose, et par suite l'emprunteur ne s'enrichit pas. Il en est de même du dépôt.

Le projet de l'art. 894 portait : « se dépouille *de la propriété* de la chose donnée... » Les mots *de la propriété,* qui semblaient exclure la donation portant sur un usufruit, ont été supprimés avec raison dans la rédaction définitive.

356. Le donateur, dit l'art. 894, « se dépouille *actuellement et irrévocablement* ».

a. Il se dépouille *actuellement :* ce qui ne signifie pas, comme on pourrait le croire au premier abord, que le donateur doit se dessaisir immédiatement de la *possession* de la chose donnée, en livrant cette chose au donataire, mais bien que la donation doit conférer immédiatement un droit au donataire sur la chose donnée, à l'inverse de la donation testamentaire qui ne confère au légataire qu'une simple espérance.

Au surplus, le droit, que la donation confère au donataire, peut être *pur et simple, à terme* ou *conditionnel.*

Pur et simple, quand il n'est affecté d'aucune modalité. L'exécution doit alors avoir lieu immédiatement.

A terme, quand un délai a été fixé par le contrat pour l'exécution de la donation. Le droit existe alors immédiatement ; seulement l'exécution en est différée jusqu'à l'échéance du terme fixé, *in diem dilata solutio.*

Rien ne s'oppose même à ce que la convention des parties renvoie l'exécution de la donation à l'époque du décès du donateur. La donation sera alors affectée d'un terme incertain, et voilà tout. Dumoulin dit à ce sujet : « *In donatione duo sunt* » DISPOSITIO *et* EXECUTIO ; *dispositio statim ligat nec suspenditur, licet executio habeat* » *tractum ad mortem* ».

Conditionnel, quand la donation a été faite sous condition. La condition peut être, suivant les règles du droit commun, *suspensive* ou *résolutoire.* Dans l'un et l'autre cas, le donataire acquiert immédiatement un droit, mais un droit dont l'existence ou la résolution est subordonnée à la réalisation de la condition.

b. Le donateur se dépouille *irrévocablement :* c'est-à-dire qu'une fois la donation parfaite, il ne peut plus, par un acte dépendant de sa volonté, en retirer le bénéfice au donataire : il ne peut plus reprendre ce qu'il a donné. Ce principe est tellement essentiel, que, si le donateur s'était réservé par une clause particulière le droit de révoquer la donation, d'une manière directe ou indirecte, la donation serait nulle (art. 943 et s.).

La règle, que le dépouillement du donateur doit être *actuel* et *irrévocable,* avait reçu dans notre ancien droit coutumier une formule qui est demeurée célèbre : *Donner et retenir ne vaut.* Il n'est pas bien facile de dire quel est le fondement de cette règle. Peut-être a-t-elle été introduite, comme le dit Eusèbe de Laurière, « en faveur des donateurs, afin que, connaissant la perte qu'ils vont faire, ils soient moins faciles à se dépouiller ». Peut-être aussi est-elle due à la défaveur avec laquelle les donations étaient vues dans notre ancien droit coutumier qui attachait une extrême importance à un principe auquel la donation porte atteinte, celui de la conservation des biens dans les familles. On autorisait la donation entre vifs, parce qu'on ne pouvait pas la défendre ; mais on l'autorisait à regret, et en cherchant à l'entraver le plus possible ; or le principe de l'irrévocabilité était une entrave : beaucoup aiment mieux ne pas se dépouiller du tout que se dépouiller irrévocablement. A ces motifs, qui ne subsistent plus aujourd'hui qu'en partie, on peut ajouter que la

faculté de révocation accordée au donateur aurait eu l'inconvénient grave de retirer en fait les biens donnés de la circulation : qui donc aurait consenti à s'en rendre acquéreur à titre onéreux, avec la crainte de voir l'aliénation résolue à la suite d'une révocation opérée par le donateur?

Quoi qu'il en soit, la règle *Donner et retenir ne vaut* a passé dans notre droit moderne. Les art. 943 à 946 en contiennent plusieurs applications, qui seront étudiées en leur temps.

357. Enfin la donation entre vifs doit être *acceptée* par le donataire. Il existe sur ce point un léger vice de rédaction dans l'art. 894, qui semble dire que l'acceptation du donataire doit porter sur la *chose donnée;* il eût été plus exact de dire que le donataire doit accepter la *donation,* c'est-à-dire l'offre qui lui est faite par le donateur. Comme on le verra plus loin, l'acceptation du donataire doit être expresse ; la loi n'admet pas d'acceptation tacite. De plus, l'acceptation est soumise à certaines formes prescrites à peine de nullité. Du moment qu'on faisait de la donation un contrat solennel, il fallait bien astreindre à des formes spéciales les deux termes dont elle se compose, c'est-à-dire la proposition du donateur et l'acceptation du donataire.

II. *Notions générales sur le testament.*

358. Définition. — « *Le testament est un acte par lequel le testateur* » *dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de* » *ses biens, et qu'il peut révoquer* » (art. 895).

Celui qui fait le testament s'appelle le *testateur;* celui qui est gratifié par le testament s'appelle le *légataire;* enfin les donations contenues dans le testament sont désignées sous le nom de *legs.*

Le testament, dit notre article, est un *acte.* Cette expression, que nous venons de critiquer dans l'art. 894, est ici parfaitement exacte. Le testament en effet est l'œuvre de la seule volonté du testateur.

Le testament est un acte de disposition *à titre gratuit;* l'art. 895 ne le dit pas, par cette excellente raison que l'art. 893 l'a déjà dit.

Le testament est de plus un acte *solennel;* il serait nul, s'il n'était pas fait dans l'une des formes déterminées par la loi (art. 893 et 1001). Il en serait ainsi notamment du testament *nuncupatif* ou verbal, alors même que les héritiers présomptifs du testateur, présents au moment où celui-ci a manifesté de vive voix ses dernières volontés, lui auraient fait la promesse de les exécuter.

Par le testament, le testateur dispose *pour le temps où il n'existera plus.* Le testament n'est qu'un projet pendant toute la vie de son auteur, projet qu'il a le droit de modifier ou de détruire à son gré, mais dans lequel il est réputé persévérer tant qu'il ne manifeste pas une volonté contraire. En mettant le sceau au testament, la mort du testateur transforme le *projet* en une *disposition.* Le testament se trouve ainsi n'être que l'expression de la *dernière volonté* du défunt, volonté

que par prudence il a exprimée à l'avance, dans la crainte d'être surpris par la mort, ou de ne plus jouir de toutes ses facultés intellectuelles au moment où il la verra venir ; aussi appelle-t-on quelquefois le testament un acte *de dernière volonté*. De là il résulte que le testament peut s'appliquer à des biens qui n'appartiennent pas encore au testateur au moment où il dispose, mais qui lui surviendront plus tard ; en d'autres termes, on peut disposer par testament de ses biens *à venir*. La donation entre vifs, au contraire, ne peut pas comprendre les biens à venir du disposant (art. 943).

Par le testament, le testateur dispose *de ses biens*. Un acte qui ne contiendrait aucune disposition de biens, ne serait pas un testament, alors même qu'il serait revêtu des formes légales des testaments; tel serait l'acte qui ne contiendrait que des dispositions relatives à la sépulture du défunt. Mais il n'est pas nécessaire que le testateur dispose de la *totalité* de ses biens; la loi dit : *de tout ou partie;* et le mot *partie* doit être considéré comme désignant, non seulement une partie aliquote, une fraction du patrimoine, mais encore les divers biens considérés à titre particulier.

Par où l'on voit que la règle romaine *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest,* en vertu de laquelle le testament devait nécessairement embrasser tous les biens composant le patrimoine du disposant, n'a plus d'application chez nous.

Enfin le testament est *révocable* (art. 895). Le droit de révocation est absolu; le testateur peut en user aussi souvent qu'il le juge à propos, et sans devoir aucun compte des motifs qui le font agir. *Ambulatoria est hominis voluntas usque ad extremum vitæ spiritum.* La loi a toutefois réglé les formes de la révocation, de même qu'elle a réglé celles du testament (art. 1035 et s.); elles sont prescrites à peine de nullité. La faculté de révocation est essentielle en matière de testament. Serait donc nulle toute clause, par laquelle le testateur s'interdirait cette faculté, ou qui en gênerait arbitrairement l'exercice.

III. *Comparaison de la donation entre vifs et du testament.*

359. Il nous est facile à présent de signaler les ressemblances et les différences qui existent entre la donation et le testament.

Ces deux modes de disposer sont à titre gratuit; ils sont soumis l'un et l'autre à des formes prescrites à peine de nullité. Voilà les ressemblances. Nous en signalerons tout à l'heure une autre, qui résulte de l'art. 900.

Voici maintenant les différences :

1° La donation est un *contrat,* le testament un *acte ;*

2° Dans la donation le donateur se dépouille *actuellement ;* dans le testament il ne dispose que pour après sa mort. Aussi la donation ne doit-elle comprendre que des biens présents, tandis que le testament peut comprendre aussi des biens à venir ;

3° La donation entre vifs est irrévocable; le testament est révocable.

Le droit romain admettait une autre différence, qui n'existe plus aujourd'hui, entre la donation entre vifs et le testament. La donation entre vifs, faite sous une condition impossible ou illicite, était nulle; elle demeurait soumise à cet égard aux règles du droit commun, qui gouvernent les contrats en général : tout était annulé, la condition et le contrat. On suivait une règle contraire en ce qui concerne les testaments, qui, on le sait, jouissaient à Rome d'une faveur particulière : les conditions impossibles ou illicites, insérées dans un testament, étaient réputées non écrites, *pro non scriptis habentur;* par suite la disposition testamentaire subordonnée à une pareille condition était considérée comme pure et simple; on annulait la condition, mais on maintenait la disposition. Ainsi, en droit romain, tandis que les conditions impossibles ou illicites insérées dans une donation entre vifs *viciantur et viciant,* ces mêmes conditions insérées dans un testament *viciantur et non viciant.*

Quels étaient les motifs de cette différence? Il est assez difficile de le dire. Rationnellement, tout acte juridique, à titre gratuit ou à titre onéreux, qui a été subordonné à la réalisation d'une condition impossible ou illicite, devrait être déclaré nul; car l'efficacité d'un acte juridique fait sous une condition dépend de la réalisation de cette condition, et il est certain qu'elle ne pourra pas se réaliser, si elle est impossible, ou ne pourra pas se réaliser efficacement, si elle est *illicite,* c'est-à-dire moralement ou légalement impossible. Logiquement donc, nous le répétons, tout contrat à titre onéreux ou à titre gratuit et toute disposition testamentaire subordonnés à une condition impossible ou illicite, devraient être déclarés nuls.

Le droit romain, nous venons de le dire, fit l'application de cette règle aux donations entre vifs ; mais il y dérogea pour les testaments, en décidant que les conditions impossibles ou illicites que le testateur y aurait insérées seraient réputées non écrites. La faveur dont les testaments jouissaient à Rome, paraît avoir été la principale, sinon l'unique cause de cette dérogation. Ce qui prouve que la chose n'allait pas toute seule, c'est qu'il y avait désaccord à ce sujet entre les deux écoles de jurisconsultes. Les Proculiens pensaient que l'effet des conditions impossibles ou illicites devait être le même dans les testaments et dans les contrats, que par suite les dispositions testamentaires faites sous des conditions impossibles ou illicites devaient être déclarées nulles. L'opinion contraire des Sabiniens, qui considéraient la condition impossible ou illicite comme non écrite dans les testaments, prévalut; mais Gaïus, qui était Sabinien, affirme lui-même qu'il ne voit pas bien les raisons de cette différence, *et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest* (G. Inst., comm. III, § 98). M. de Savigny pense que l'exception s'est fait jour d'abord en ce qui concerne les conditions illicites, et qu'elle a été ensuite étendue aux conditions impossibles.

360. Les testaments ne jouissant plus chez nous de la même faveur qu'à Rome, il semble que notre législateur aurait dû supprimer une exception que cette faveur avait fait introduire. Tout au contraire, il l'a conservée et même aggravée en l'étendant aux donations entre vifs ; c'est ce qui résulte de l'art. 900, ainsi conçu : « *Dans toute disposition*

» *entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront* » *contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ».

Notre législateur assimile donc la donation entre vifs au testament quant à l'effet des conditions impossibles ou illicites qui y seraient insérées : dans la donation comme dans le testament, ces conditions sont réputées non écrites, *viciantur et non viciant* (1). L'art 1172 établit, en ce qui concerne les contrats autres que la donation, une règle opposée : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux » bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, *et rend nulle la* » *convention qui en dépend* ». Ainsi l'art. 1172 applique aux contrats en général cette règle, dictée par la raison, qu'un acte juridique, subordonné à une condition impossible ou illicite, doit être considéré comme nul. L'art. 900 déroge à cette même règle en faveur des dispositions à titre gratuit, testaments ou donations : ce qui non seulement ne satisfait guère la raison juridique, mais en outre contraste avec les nombreuses dispositions du code civil qui témoignent de la défaveur marquée avec laquelle notre législateur accueille les dispositions à titre gratuit.

Tout ce que l'on peut dire pour justifier cette différence, c'est que, dans les contrats à titre onéreux, la responsabilité de l'insertion d'une condition illicite incombe aux deux parties contractantes, puisqu'elle est le résultat de leur commune volonté : il paraît donc tout naturel de leur infliger à l'une et à l'autre la nullité du contrat à titre de peine. Au contraire, dans les dispositions à titre gratuit, l'insertion d'une condition impossible ou illicite semble ne pouvoir être imputée qu'au disposant; le *légataire* y demeure bien évidemment tout à fait étranger, puisque le testament n'est pas son œuvre; et quant au *donataire,* quoiqu'il participe à la donation, on peut dire qu'il n'y joue qu'un rôle purement passif, et qu'il subit, plutôt qu'il n'accepte, une condition qui est dictée par le donateur, comme toutes les autres clauses du contrat. Cela étant, il a pu paraître injuste de faire subir au donataire ou au légataire, en annulant la disposition, les conséquences d'une condition

(1) La loi des 5-12 septembre 1791, *relative aux clauses impératives ou prohibitives insérées dans les donations, testaments* OU AUTRES ACTES, portait : « Toute clause » impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui » porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui » gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier, même avec une telle personne, soit » d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à la détourner de rem- » plir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déférées par la constitution aux » citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite ». Cette disposition, qui fut reproduite par la loi du 5 brumaire an II et par celle du 17 nivôse de la même année, était sur un point plus compréhensive que l'art. 900 C. civ., et moins sur un autre. Elle était plus compréhensive, en ce qu'elle visait non seulement les conditions insérées dans les donations et dans les testaments, mais aussi celles insérées dans les *autres actes.* Elle l'était moins, en ce qu'elle ne parlait que des conditions illicites (contraires aux lois ou aux mœurs), mais non des conditions impossibles. Inspirée par des considérations politiques, cette loi avait pour but de briser les volontés hostiles, par lesquelles les particuliers essaieraient de renverser le nouvel ordre de choses établi par la révolution. Or, dans cet ordre d'idées, il n'y avait pas à se préoccuper des conditions impossibles, mais seulement des conditions illicites, et il fallait prévoir le cas où elles seraient insérées dans un acte à titre onéreux, tout aussi bien que celui où elles seraient insérées dans un acte à titre gratuit.

qui ne lui est pas imputable. D'un autre côté, si l'on avait appliqué aux dispositions à titre gratuit la règle de l'art. 1172, le donataire ou le légataire aurait peut-être été tenté d'accomplir la condition illicite qui lui a été imposée, dans l'espoir que le donateur, satisfait de cette exécution, ne demanderait pas la nullité de la donation, ou que l'héritier du testateur, complice de celui-ci, ne se prévaudrait pas de la nullité du legs. On objectera, sans doute, que le donateur ou le testateur, qui donne ou lègue sous une condition impossible ou illicite, n'a pas voulu en réalité donner ou léguer. Mais on peut répondre que le but principal du donateur ou du testateur a été de faire une libéralité, et que, s'il avait fallu choisir entre le sacrifice de la condition et celui de la libéralité, le disposant aurait probablement sacrifié plutôt la condition; qu'en tout cas l'insertion de cette condition peut avoir été le résultat d'une erreur de sa part.

Aussi déciderions-nous que la disposition devrait être considérée comme nulle, si le donateur ou le testateur avait manifesté formellement la volonté d'en subordonner l'efficacité à l'accomplissement de la condition, de telle sorte qu'il apparût clairement que, dans sa pensée, la condition était la partie principale de la disposition, et la donation la partie accessoire. Et toutefois il ne suffirait peut-être pas pour cela que le disposant eût déclaré la condition *expresse et de rigueur*. En un mot l'art. 900 nous apparaît comme un texte interprétatif de la volonté du donateur ou du testateur. Dans le doute on supposera que, s'il eût été forcé d'opter entre le maintien de la donation et celui de la condition, il aurait opté pour le maintien de la donation. Mais il n'y a plus à interpréter la volonté du disposant, lorsqu'il a expliqué clairement qu'il tenait plus à la condition qu'à la donation et que par suite la donation ne produirait pas d'effet si la condition n'était pas remplie. Dans ce cas l'art. 900 ne recevra pas son application ; la nullité de la condition entraînera celle de la donation.

Ce système, qui réunit de nombreux suffrages dans la doctrine, a soulevé quelques protestations. Les dissidents disent : fils des lois de la révolution, l'art. 900 du code civil est conçu dans le même esprit. Ce qu'a voulu le législateur de 1804, comme celui de la période révolutionnaire, c'est briser les volontés hostiles à la loi, substituer la volonté du législateur à celle de l'auteur de la disposition entachée d'une condition illicite. Le disposant s'est insurgé contre la loi, il doit être puni de sa rébellion. La peine consistera dans le maintien de la libéralité, sans la condition à laquelle il l'a subordonnée. Il importera peu que le disposant ait protesté contre ce résultat, qu'il ait expressément subordonné le maintien de la libéralité à l'accomplissement de la condition, contrairement à la volonté du législateur. Il mérite d'autant plus d'être puni qu'il a plus énergiquement affirmé sa volonté de ne pas respecter la loi. D'ailleurs l'art. 900 est conçu dans des termes impératifs, et il ne fait aucune distinction.

Nous répondons qu'en assimilant les conditions impossibles aux conditions illicites, et en établissant une différence entre les contrats à titre onéreux et les dispositions à titre gratuit, au point de vue de l'effet de la condition impossible ou illicite (art. 1172), le législateur du code civil a bien prouvé que ses vues étaient toutes différentes de celles du législateur de la Révolution, dont il s'est séparé sur ces deux points essentiels D'ailleurs l'œuvre du législateur de 1804 est une œuvre de conciliation, et non une œuvre de réaction violente, comme celle du législateur de la période intermédiaire.

La cour de cassation a une autre manière d'interpréter l'art. 900. En principe elle ne tient aucun compte de la volonté, que le disposant a manifestée, de subordonner l'effet de la disposition à l'accomplissement de la condition. Elle ne se départit de cette rigueur que lorsque la condition illicite est reconnue en fait avoir été la cause déterminante et le but de la disposition, l'absence d'une cause licite ôtant alors tout effet à l'obligation, conformément à l'art. 1131 du code civil. Cpr. Cass., 3 novem-

bre 1886, Sir., 87. 1. 241. — Nous verrons sous l'art. 1131 qu'une donation ne peut avoir d'autre cause que la pensée de gratifier le donataire, une pensée de libéralité par conséquent; d'où il résulte qu'une donation ne peut jamais avoir une cause illicite. Nous ne saurions donc adhérer, au moins dans les termes, à la jurisprudence de la cour; car au fond elle diffère peut-être moins qu'on ne pourrait le croire de celle que nous avons adoptée. Lorsque, comme le dit la cour de cassation, la condition illicite a été la cause déterminante de la disposition, le disposant a considéré le fait illicite dont il a imposé l'accomplissement au donataire comme constituant pour lui l'équivalent du bien dont il disposait. Il y a donc contrat à titre onéreux, mal qualifié donation, et tout est nul aux termes de l'art. 1172, la prétendue donation et la condition.

361. Les conditions, que notre article répute non écrites dans les donations ou les testaments, sont : 1° les conditions *impossibles;* 2° les conditions *contraires aux lois ou aux mœurs,* qu'on peut comprendre sous la dénomination générale de conditions *illicites.* La nature s'oppose à l'accomplissement des premières, la loi ou la morale à l'accomplissement des secondes, de sorte qu'elles sont impossibles légalement ou moralement, impossibles par conséquent pour un honnête homme. *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec nos facere posse credendum est.*

Observons du reste que le mot *conditions* a dans l'art. 900 le sens le plus large. Il désigne, non seulement les conditions proprement dites, c'est-à-dire les événements futurs et incertains, auxquels serait subordonnée l'existence d'une donation, mais aussi les charges imposées au donataire ou au légataire (arg. des art. 953 et 1046).

1° *Des conditions impossibles.* Les jurisconsultes romains citent *exempli gratia* la condition *si cœlum digito tetigeris.* Ce n'est pas vraisemblablement la pratique des affaires qui leur a suggéré cet exemple. A Rome, comme chez nous, on ne devait guère rencontrer dans les donations ou dans les testaments de conditions aussi manifestement impossibles, qui attesteront presque toujours l'insanité d'esprit du disposant et par suite son incapacité de disposer (arg. art. 901). La jurisprudence est à peu près muette sur les conditions impossibles : ce qui prouve qu'elles occupent une place fort restreinte dans le domaine des faits ; aussi n'y insisterons-nous pas. Disons seulement que, pour qu'une condition soit impossible dans le sens de l'art. 900, il faut qu'elle le soit d'une manière absolue; il ne suffirait pas qu'elle le fût par rapport au donataire ou au légataire chargé de la remplir. Ainsi la condition de peindre un tableau ne sera pas considérée comme impossible *hoc sensu,* parce que le donataire ou le légataire, auquel cette condition est imposée, ignore les notions les plus élémentaires de l'art de la peinture.

2° *Des conditions illicites.* Sont illicites les conditions *contraires aux lois* et les conditions *contraires aux mœurs* (art. 900).

a. Conditions contraires aux lois. Toutes les conditions contraires aux lois ne sont pas illicites, et ne doivent pas par suite être assimilées indistinctement à des conditions impossibles. Parmi les lois, il y en a auxquelles les particuliers peuvent déroger, parce qu'elles sont exclusivement fondées sur l'intérêt privé; les conditions contraires à des lois de cette nature ne seraient pas illicites. Telle serait la condition de renoncer à une succession ouverte; elle est contraire à la loi qui donne à tout héritier le choix entre l'acceptation et la répudiation; mais c'est là une loi d'intérêt privé. Telle aussi la clause d'un testament, qui porte atteinte à la disposition des art. 826 et 832, et qui, sans porter d'ailleurs atteinte au droit de réserve des héritiers, prononce une peine contre ceux qui attaquèraient l'attribution faite par le testateur. Cass., 11 juillet 1883, Sir., 84. 1. 323. Il y en a d'autres au contraire auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger, parce qu'elles touchent plus ou moins à l'intérêt général, à l'ordre public; toute condition contraire à une loi de cette nature serait illicite, et par suite réputée non écrite, si elle se trouvait insérée dans un testament ou dans une donation. Telles seraient les conditions qui porteraient atteinte aux lois relatives à la puissance maritale, par exemple la condition imposée à un mari de ne pas reprendre sa femme qui a quitté le domicile conjugal (art. 214), ou les conditions qui porteraient atteinte aux lois relatives à la puissance paternelle, par exemple celle qui imposerait à un père l'obligation d'élever ses enfants dans une religion déterminée.

b. Quant aux conditions *contraires aux mœurs*, il n'est pas besoin de les définir : telle serait la condition de commettre un inceste. La plupart du temps, les conditions contraires aux mœurs sont en même temps contraires aux lois; qu'elles le soient ou non, elles sont illicites et par suite réputées non écrites dans les donations et les testaments.

D'après ce qui précède, on devrait considérer comme illicites : 1° la condition de ne pas se marier ou même de ne pas se *remarier;* il y a toutefois quelque doute sur ce dernier point (Cpr. Cass., 22 janvier 1883, Sir., 84. 1. 25); 2° la condition de ne se vouer jamais à aucun état ou profession ; 3° la condition de ne pas aliéner la chose donnée.

La jurisprudence, qui accepte en principe cette dernière décision, y apporte un certain nombre de restrictions plus ou moins contestables. C'est ainsi qu'on lit dans un arrêt de la cour de cassation du 12 juillet 1865 que : « si la prohibition absolue » d'aliéner, contenue dans une donation ou dans un testament, est nulle comme con- » traire à l'intérêt public de la libre circulation des biens, il en est autrement de la » prohibition temporaire qui est justifiée par l'intérêt sérieux et légitime soit du » donateur, soit des tiers ». Voyez aussi Paris, 14 juin 1883, Sir., 84. 2. 171.

* Quant à la condition *de ne pas attaquer le testament,* avec clause pénale pour

le cas où cette condition ne serait pas observée, il faut appliquer les principes édictés en matière de contrats par l'art. 1227. De là il résulte que la clause pénale sera nulle, quand la condition à laquelle elle se rattache (la condition de ne pas attaquer le testament) sera illicite, c'est-à-dire quand cette condition aura été imposée par le testateur pour assurer l'exécution d'un testament qui viole une loi à laquelle il n'est pas permis de déroger, d'un testament par exemple qui prive un héritier réservataire de sa réserve, ou d'un testament qui est nul pour vice de forme. Dans les autres cas, la prohibition d'attaquer le testament et la clause pénale qui l'accompagne seraient valables : par exemple si un père, qui a plusieurs enfants et qui a fait entre eux le partage de ses biens par testament en observant les règles de l'égalité, ajoute cette clause pénale : « Si l'un de mes enfants attaque le présent partage, je le prive de sa part dans la quotité disponible, qui sera répartie entre ses frères auxquels je la lègue ». Celui des enfants qui attaquerait le testament, par exemple pour inégale composition des lots (art. 826 et 832), encourrait la peine, alors même qu'il réussirait dans sa demande. La disposition des art. 826 et 832 est une disposition d'intérêt privé, à laquelle le testateur peut valablement déroger.

* **362.** Les conditions impossibles ou illicites étant réputées non écrites dans les donations (art. 900), tandis qu'elles annulent les contrats à titre onéreux qui ont été subordonnés à leur réalisation (art. 1172), il en résulte qu'il y a le plus grand intérêt à savoir si un acte, qui contient une condition impossible ou illicite, doit être considéré comme une donation, et soumis à ce titre à l'art. 900, ou comme un contrat à titre onéreux, soumis à l'application de l'art. 1172. La question ne devra pas toujours être résolue en consultant le nom que les parties ont donné à l'acte, ni même les formes dont il est revêtu. Il faut aller au fond des choses, et rechercher quelle a été la véritable intention des parties, conformément à la règle *Contractus non ex nomine, sed ex re, legem accipiunt*. Le disposant a-t-il eu pour but principal de gratifier le donataire? Il y aura donation et on appliquera l'art. 900. Est-il démontré au contraire que la prétendue libéralité, faite par l'une des parties à l'autre, n'est que le prix de l'exécution de la condition illicite imposée par l'acte au prétendu donataire, de sorte qu'il y a eu en réalité un marché honteux entre les deux parties, l'une s'engageant envers l'autre à accomplir un acte immoral et l'autre promettant pour cela un certain prix? Il y aura contrat à titre onéreux : ce qui amènera l'application de l'art 1172. C'est ainsi que la soi-disant donation faite à un homme marié, sous la condition qu'il ne forcera pas sa femme qui a déserté le domicile conjugal à le réintégrer, pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme un contrat intéressé de part et d'autre, nul par conséquent d'après l'art. 1172, s'il était démontré que le prétendu donateur entretient avec la femme du prétendu donataire des relations illicites, et que l'avantage conféré au mari n'est que le prix de son consentement à ces relations et de la promesse qu'il fait de garder le silence.

363. Notons en terminant que la règle de l'art. 900 comporte deux exceptions en ce qui concerne les conditions *contraires aux lois*.

La première est écrite dans l'art. 896. La condition ou charge, imposée au donataire ou légataire, de conserver les biens donnés ou légués et de les rendre à un tiers, est *nulle* comme contraire à la loi, et entraîne la nullité de la donation ou du legs.

La deuxième exception résulte des art. 943 à 946. D'après ces articles, les conditions, qui auraient pour effet de rendre une donation entre vifs révocable, *annulent* la donation.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT

364. Aux termes de l'art. 902 : « *Toutes personnes peuvent disposer » et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté » celles que la loi en déclare incapables* ».

La capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit est donc la règle générale, l'incapacité l'exception. Une personne est capable de disposer ou de recevoir à titre gratuit, par cela seul qu'elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

365. L'incapacité de disposer ne doit pas être confondue avec l'*indisponibilité*. L'incapacité de disposer affecte la personne même du disposant, l'indisponibilité affecte son patrimoine. En d'autres termes, l'incapacité de disposer tient à des causes personnelles à celui qui en est frappé : tantôt elle constitue pour lui une peine, comme l'incapacité qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle, tantôt une mesure de protection, comme l'incapacité qui frappe les mineurs ou les interdits. L'*indisponibilité* au contraire est fondée sur des causes étrangères à la personne même du disposant ; elle a pour but de sauvegarder le droit de réserve que la loi attribue sur son patrimoine à ses plus proches héritiers (descendants et ascendants), droit qu'il ne peut pas compromettre par des dispositions à titre gratuit. Les biens d'une personne sont indisponibles dans la mesure du droit de réserve accordé à ses héritiers.

L'indisponibilité étant la sanction du droit de réserve accordé à certains héritiers, on conçoit que toutes les questions qui tiennent à l'indisponibilité ne peuvent être résolues qu'au décès du disposant. Tout dépend en effet de l'état de son patrimoine à ce moment suprême, et de la qualité, quelquefois aussi du nombre des héritiers qui viennent à sa succession. Ainsi la personne, qui ne laisse à son décès aucun héritier réservataire, a pu valablement disposer à titre gratuit de la totalité de son patrimoine ; celle qui laisse un seul enfant n'a pu disposer que de la moitié ; celle qui en laisse deux, que du tiers... (art. 913). Il est donc impossible, tant qu'une personne vit, de dire quel est ou plutôt quel *sera* son disponible, et par suite de résoudre aucune question d'indisponibilité, parce qu'il faudrait pour cela connaître l'avenir, savoir ce que vaudra son patrimoine lors de son décès et quels seront alors ses héritiers. Il n'en est pas de même des questions d'incapacité : le disposant devant toujours être capable, au moins au moment où il dispose, il en résulte que, s'il est alors incapable, la libéralité est nulle, et

elle demeure telle, quels que soient les événements ultérieurs. Ainsi la donation entre vifs faite par un mineur sera nulle, alors même qu'il mourrait en majorité.

366. L'incapacité soit de disposer, soit de recevoir à titre gratuit peut être *absolue* ou *relative : absolue* quand elle existe à l'égard de tous; *relative* quand elle n'existe que par rapport à certaines personnes. Ainsi le condamné à une peine afflictive perpétuelle est frappé d'une incapacité absolue de disposer et de recevoir à titre gratuit ; il ne peut en effet disposer au profit de personne ni recevoir de personne (loi du 31 mai 1854, art. 3). Au contraire, un père est frappé d'une incapacité *relative* de disposer à titre gratuit à l'égard de son enfant adultérin (art. 908); car cette incapacité n'existe que du père à l'enfant; en faveur de tous autres, il peut disposer suivant les termes du droit commun.

D'ailleurs toute incapacité relative de disposer à titre gratuit entraîne une incapacité corrélative de recevoir. Ainsi l'incapacité relative de disposer, dont le père adultérin est frappé à l'égard de son enfant, entraîne pour celui-ci une incapacité corrélative de recevoir de son père. Mais les incapacités soit de disposer, soit de recevoir ne sont pas nécessairement *réciproques*. Ainsi, de ce qu'un père ne peut pas disposer au profit de son enfant adultérin, il n'en résulte pas que, réciproquement, celui-ci ne puisse pas disposer au profit de son père.

Nous traiterons successivement des incapacités absolues et des incapacités relatives.

§ I. *Incapacités absolues.*

N° 1. Incapacité absolue de disposer.

367. Sont frappés de l'incapacité absolue de disposer à titre gratuit : 1° les personnes en état d'insanité d'esprit ; 2° les mineurs ; 3° les femmes mariées ; 4° les condamnés à une peine afflictive perpetuelle.

1° *Personnes en état d'insanité d'esprit.*

368. « *Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être* » *sain d'esprit* », dit l'art. 901.

L'incapacité de disposer à titre gratuit, dont la loi frappe les personnes qui ne sont pas saines d'esprit, est une incapacité de fait plutôt que de droit, c'est-à-dire qu'à bien prendre ce n'est pas une véritable incapacité, car il n'y a de telles que les incapacités de droit. Cette observation peut expliquer comment l'art. 901 est séparé des art. 903 et suivants, consacrés aux incapacités de droit.

A la suite de la disposition qu'on vient de lire, le projet de l'art. 901 en contenait une autre ainsi conçue : « Ces actes ne pourront être attaqués pour cause de » démence que dans les cas et de la manière prescrits par l'art. 15 au titre *de la*

» *Majorité...* » (aujourd'hui art. 504). Cette partie du texte a disparu de la rédaction définitive. On a conclu avec raison de sa suppression et des explications qui l'ont accompagnée, que l'art. 504 ne reçoit pas d'application aux donations entre vifs et aux testaments. Les actes de cette nature, faits par une personne aujourd'hui décédée, peuvent donc être attaqués pour cause d'insanité d'esprit du disposant, alors même que son interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée pendant sa vie et que la démence ne résulterait pas de l'acte lui-même. Dijon, 22 décembre 1881, Sir., 83. 2. 36. Tel est sans doute le sens de l'art. 901, qui n'a certainement pas été écrit pour nous apprendre qu'un fou ne peut pas faire une donation; c'était bien évident. Mais alors il faut convenir que le législateur a exprimé sa pensée à la manière des sybilles. — Peut-être aussi ce texte mystérieux signifie-t-il que la sanité d'esprit est exigée avec plus de rigueur dans la donation entre vifs et dans le testament que dans tous les autres actes. En effet la donation et le testament dépouillent le disposant ou sa famille sans leur faire acquérir aucune compensation; par suite, il faut, pour donner ou pour tester, dit d'Aguesseau, « une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme que pour s'obliger dans un contrat »; d'autant plus que celui qui donne et surtout celui qui teste sont souvent assiégés par l'intrigue et la cupidité.

369. Si le disposant était sous le coup d'une sentence d'interdiction au moment où il a fait la disposition, elle serait *nulle de droit,* conformément à l'art. 502, sans que le demandeur eût aucune preuve à faire relativement à l'insanité d'esprit du disposant. Cpr. t. I, n. 1179.

En dehors de cette hypothèse, il appartiendrait au demandeur en nullité, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit,* de prouver que le disposant était atteint d'aliénation mentale *au moment même de la donation ou de la confection du testament,* preuve qui sera quelquefois difficile. Il ne lui suffirait pas, sauf peut-être dans le cas de l'art. 503, de démontrer que le disposant était, à l'époque de la disposition, dans un état habituel d'insanité d'esprit; car la donation peut avoir été faite dans un intervalle lucide.

V. cependant Cass., 21 février 1887, Sir., 87. 1. 296.

370. Les art. 499 et 513 défendent aux prodigues et aux faibles d'esprit, soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire, d'*aliéner* sans l'assistance de leur conseil. De là il résulte certainement que cette assistance leur est nécessaire pour faire une donation entre vifs. L'inobservation de cette prescription rendrait la donation *nulle de droit* (arg. art. 502). Mais le prodigue ou le faible d'esprit n'a pas besoin d'assistance pour tester : le mot *aliéner* dans le langage du législateur ne paraît pas comprendre les dispositions testamentaires (arg. des art. 217 et 226 cbn.). Et en effet, par testament on n'aliène pas à proprement parler ses biens, puisqu'on n'en transmet la propriété que pour après sa mort, c'est-à-dire pour une époque où l'on aura cessé d'en être propriétaire. D'autre part, le testament doit être l'œuvre de la seule volonté du testateur; ce principe exclut toute intervention étrangère, même celle d'un conseil judiciaire. Cpr. art. 226.

371. Notre ancien droit, s'inspirant sur ce point des traditions de la législation romaine, permettait d'attaquer sous couleur de démence (*hoc colore quasi sanæ mentis non fuerint, quum testamentum ordinarent*) les dispositions testamentaires qui avaient été dictées au testateur par une haine violente et injuste contre ses héritiers légitimes (*testamentum ab irato conditum*). L'action accordée à cet effet por-

tait le nom d'action *ab irato*. On a soutenu à tort, en se fondant sur les explications données par Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, que cette action existe encore avec son caractère propre dans notre droit actuel. L'action *ab irato* avait pour fondement une fiction d'insanité d'esprit du disposant, qu'avait égaré la colère ou la haine, et il est manifeste qu'une fiction de ce genre et l'action qu'elle engendrait ne peuvent pas être admises sans un texte formel. Toutefois ce n'est pas à dire qu'il ne puisse jamais y avoir lieu de prononcer la nullité de dispositions entre vifs ou testamentaires, inspirées par la colère ou par la haine. La passion peut avoir développé chez le disposant une exaltation assez violente pour lui faire perdre l'usage de la raison; la nullité de la disposition devrait alors être prononcée par application de l'art. 901. Mais il faudra prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit; on ne le supposera pas, comme on le faisait autrefois, par cela seul que sa colère ou sa haine sera violente et injuste. Telle paraît bien avoir été l'idée, qui a déterminé notre législateur à supprimer de la rédaction définitive une proposition ainsi conçue : *La loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou captation.* En ce sens, Cass., 29 février 1876, Sir., 76. 1. 155.

372. Quelques difficultés se sont élevées au sujet du testament fait par un monomane, c'est-à-dire par un individu qui, fou sur un point, est raisonnable sur tous les autres. Il paraît opportun de distinguer si le testament est l'œuvre de la partie saine ou de la partie malade de l'intelligence du monomane : dans le premier cas, le testament devra être maintenu; dans le deuxième, il devra être annulé en vertu de l'art. 901. On pourrait même être conduit, par application de la distinction qui précède, à annuler certaines dispositions du testament du monomane et à maintenir les autres. — Cela posé, on ne peut qu'approuver une décision de la cour de Poitiers, qui a annulé le testament par lequel un homme, atteint d'une monomanie consistant à croire que son frère tramait contre lui de perpétuels complots, avait, sous l'influence de cette idée fixe, déshérité ce frère et légué tous ses biens à un étranger. Mais il est difficile d'adhérer aussi pleinement à la décision d'un arrêt du parlement de Toulouse de l'an 1729, annulant le testament d'un homme qui, avisé, paraît-il, sur tous les autres points, était atteint d'une monomanie consistant à se croire fille.

373. Après avoir parlé de l'insanité d'esprit du disposant, le législateur aurait peut-être bien fait de s'occuper des vices qui peuvent altérer sa volonté. Les règles générales lui ont sans doute paru suffisantes sur ce point; elles ne doivent pas cependant être appliquées sans quelques restrictions.

Il résulte de l'art. 1109, écrit en vue des contrats, que le consentement n'est pas valable, s'il a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol; en conséquence, celui des contractants qui a été victime de l'erreur, de la violence ou du dol, peut faire annuler le contrat. Cette règle s'applique sans difficulté à la donation, qui est un contrat; et, avec un peu de réflexion, on n'hésite pas à la reconnaître applicable aussi au testament, bien qu'il n'ait pas le caractère contractuel. Comme le fait remarquer Furgole, les causes qui vicient le consentement dans les contrats ordinaires vicient à plus forte raison la donation et surtout le testament. Le disposant conférant au donataire ou au légataire un avantage purement gratuit, la donation ou le testament doit être l'œuvre d'une volonté plus réfléchie, plus libre, plus pure, plus spontanée que celle qui préside aux contrats à titre onéreux; d'où il résulte que, non seulement les vices qui entraînent la nullité d'un contrat ordinaire devront entraîner la nullité d'une donation ou d'un testament, mais qu'il ne sera pas nécessaire qu'ils aient autant de gravité. Concluons de là qu'au cas où la nullité d'une disposition à titre gratuit serait demandée pour cause de dol, le juge ne devra pas, séduit par une analogie trompeuse que lui suggèrerait la disposition

de l'art. 1116, distinguer si le dol a été commis par celui auquel la libéralité doit profiter ou par un autre, pour n'en tenir compte que dans la première hypothèse. L'art. 1116 ordonne de faire une distinction de ce genre dans les cas ordinaires; mais les motifs, qui ont fait édicter cette disposition, ne se rencontrent pas ici, et par suite elle ne saurait recevoir son application. Le dol sera donc une cause de nullité des dispositions entre vifs ou testamentaires, quel qu'en soit l'auteur (cpr. art. 783). La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Cass., 2 janvier 1878, Sir., 78. 1. 103, et 17 juin 1887, Sir., 87. 1. 419.

374. Les principes qui viennent d'être exposés en ce qui concerne le dol, vont être mis à profit pour résoudre la question de savoir si une disposition entre vifs ou testamentaire peut être annulée pour cause de captation ou de suggestion. Pothier donne de la *suggestion* la définition suivante : « Une volonté est suggérée, lorsque le testateur a voulu faire les dispositions qu'il a faites, dans la vue de se délivrer des importunités de ceux qui l'y portaient ». La suggestion consiste donc à solliciter une libéralité et à importuner celui auquel on la demande. La *captation* consiste à s'emparer de la bienveillance d'une personne et à obtenir d'elle des libéralités déterminées par l'attachement qu'on parvient à lui inspirer. Il sera rare qu'il n'y ait pas quelque indélicatesse dans la conduite de celui qui suggère une libéralité ou qui la capte. Est-ce à dire que la libéralité suggérée ou captée devra toujours être annulée? Non. Les hommes ne sont pas assez parfaits pour que le législateur puisse leur demander compte d'une simple indélicatesse. Si donc les moyens employés pour suggérer la libéralité ou la capter sont *licites*, la libéralité ne pourra pas être annulée. Tel serait le cas où le donataire se serait borné à faire l'étalage de sa misère, l'eût-il beaucoup exagérée, ou à s'emparer de la bienveillance du donateur à force de prévenances, fût-il démontré qu'elles avaient un but essentiellement intéressé. Mais si le donataire a joint la fraude à l'indélicatesse, si par exemple il a calomnié les héritiers légitimes du disposant, ou s'il l'a irrité contre eux par de détestables artifices, le tout dans le but de se faire donner ce qui aurait dû légitimement leur revenir, il serait injuste qu'il pût conserver le profit de son dol; partant la libéralité devra être annulée. Furgole avait donc raison de dire que : « La suggestion et la captation ne sont pas des moyens propres et particuliers pour faire annuler les dispositions testamentaires [et aussi les dons entre vifs]; ils sont une branche et une dépendance du dol, qui doit leur servir de fondement ». Les travaux préparatoires confirment cette décision. Un article du projet portait que « La loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, *suggestion* ou *captation* ». On avait voulu par là tarir la source de nombreux procès. Mais cette disposition fut supprimée, parce que l'on craignit « que la fraude et les passions ne crussent avoir dans la loi elle-même un titre d'impunité ». En ce sens, Caen, 28 juillet 1873, Sir., 74. 2. 139, et Cass., 27 juin 1887, Sir., 87. 1. 419.

375. Observons que lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si une libéralité est entachée d'une cause de nullité, les juges ne peuvent pas, par une sorte de transaction, réduire seulement la libéralité. Pour être admissible, ce moyen terme aurait besoin d'être autorisé par une disposition formelle de la loi. Le juge ne pourra donc que maintenir la libéralité ou l'annuler.

2° *Mineurs.*

376. Art. 903. *Le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre.*

Art. 904. *Le mineur parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.*

La loi établit, on le voit, une distinction entre le mineur qui a seize ans [accomplis] et celui qui n'a pas atteint cet âge.

a. Le mineur, *qui n'a pas seize ans accomplis,* est frappé de l'incapacité absolue de disposer à titre gratuit. Il n'a pas encore une maturité d'esprit suffisante pour qu'on puisse l'autoriser à se dépouiller lui-même par une donation entre vifs, ou à dépouiller sa famille par un testament; la loi le déclare incapable *ob defectum consilii.*

A cette règle l'art. 903 indique cependant une exception par ces mots : « sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre ». Elle est relative au cas où le mineur de seize ans se marie, avec ou sans dispense d'âge. La loi lui permet de faire à son futur conjoint, par le contrat de mariage, les mêmes donations qu'il pourrait lui faire s'il était majeur, sous la seule condition d'obtenir le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (art. 1095 et 1398).

Cette exception ne devrait pas être étendue aux donations faites *pendant le cours du mariage,* l'art. 1095 ne parlant que des donations faites *par contrat de mariage,* par conséquent avant le mariage (art. 1394 al. 1). *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.*

b. Le mineur, *qui a atteint l'âge de seize ans accomplis,* est dans la même situation que le mineur au-dessous de cet âge, en ce qui concerne les dispositions *par acte entre vifs.* Il y a donc lieu de lui appliquer la même règle tempérée par la même exception : c'est-à-dire qu'il ne peut aucunement disposer par donation entre vifs, sauf ce qui est dit en l'art. 1095. La donation, par laquelle le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement, exige une maturité d'esprit complète. Voilà pourquoi la loi l'interdit au mineur parvenu à l'âge de seize ans. Il semble que le même motif aurait dû lui faire refuser aussi le droit de dépouiller ses héritiers par des dispositions testamentaires. La loi en a autrement décidé, sans doute parce qu'elle s'est placée surtout au point de vue des intérêts du disposant, qui par le testament ne se dépouille pas personnellement. Et toutefois, c'est comme à regret que le législateur concède au mineur âgé de seize ans le droit de tester; aussi ne le lui accorde-t-il qu'avec une importante restriction : « jusqu'à » concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au » majeur de disposer », dit l'art. 904. En d'autres termes, le disponible d'un mineur âgé de seize ans accomplis, est le même que celui d'un majeur; mais sa capacité de disposer par testament est la moitié moindre. Ainsi un mineur âgé de dix-sept ans fait son testament; il meurt sans laisser d'ascendants ni de descendants. Si le testateur eût été majeur lors de la confection de son testament, il aurait pu disposer de tous ses biens (art. 916); étant mineur, il n'aura pu disposer valablement que de la moitié. Le testateur dont nous venons de parler

laisse-t-il à son décès un fils? Il n'aura pu valablement disposer que du quart de ses biens; car un majeur dans les mêmes circonstances aurait pu donner le double, c'est-à-dire la moitié (art. 913).

Si un mineur âgé de seize ans a disposé par testament de plus que la loi ne lui permet, son testament ne sera pas nul pour cela; seulement il ne s'exécutera que dans les limites légales, ou en d'autres termes les dispositions testamentaires seront réduites à cette limite. La réduction devrait être opérée suivant les règles écrites dans les art. 926 et 927, qu'il y a lieu d'appliquer ici par analogie.

3° *Femmes mariées.*

377. Art. 905. *La femme mariée ne pourra donner entre-vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles* 217 *et* 219 *au titre* du Mariage. — *Elle n'aura besoin ni de consentement du mari ni d'autorisation de la justice, pour disposer par testament.*

Ce texte contient deux propositions :

a. La femme est incapable de faire une *donation entre vifs* sans autorisation. Nous en avons dit les motifs, t. I n. 630-1°.

Cette règle s'applique, vu la généralité des termes de la loi, à toutes les donations sans exception, même aux donations faites de la main à la main ou dons manuels. Il est vrai que la loi ne les soumet pour leur validité à aucune condition particulière de forme; mais il ne résulte pas de là qu'elles puissent être faites sans autorisation, l'autorisation n'étant pas une forme, mais une condition de capacité.

b. La femme mariée n'a pas besoin d'autorisation pour faire son testament. Voyez en les motifs, t. I n. 633.

4° *Condamnés à une peine afflictive perpétuelle.*

378. Les condamnés à une peine afflictive perpétuelle sont frappés de l'incapacité absolue de disposer soit par donation entre vifs, soit par testament (loi du 31 mai 1854, art. 3 al. 1). La loi annule même le testament, qu'ils auraient fait antérieurement à leur condamnation. Toutefois le condamné peut être relevé en tout ou en partie par le gouvernement de l'incapacité de disposer dont il est frappé. Cpr. t. I, n.n. 211 et suivants. *Junge* art. 13 de la loi du 25 mars 1873 sur la déportation.

N° 2. **Incapacités absolues de recevoir.**

379. Sont frappées de l'incapacité absolue de recevoir à titre gratuit : 1° les personnes non conçues; 2° les femmes mariées; 3° les personnes de mainmorte; 4° les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

380. 1° *Personnes non conçues.* Pour qu'un droit quelconque puisse se fixer au profit d'une personne, il faut nécessairement qu'elle existe à l'instant même de l'*ouverture du droit;* car il ne peut pas se fixer dans le vide. Or le droit résultant d'une donation entre vifs s'ouvre au moment de la donation, et le droit résultant d'une donation testamen-

taire, au moment du décès du testateur ; il faut donc que le donataire existe, c'est-à-dire qu'il soit au moins conçu, au moment de la donation, et le légataire, au moment du décès du testateur (1). De là l'incapacité dont l'art. 906 frappe les personnes non conçues, incapacité qui est de fait plutôt que de droit : « *Pour être capable de recevoir entre-* » *vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. — Pour être* » *capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du* » *décès du testateur. — Néanmoins la donation ou le testament n'auront* » *leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable* ».

Il résulte de l'art. 906 que les congrégations religieuses non autorisées, et, d'une manière plus générale, toutes les corporations non-reconnues par la loi ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs ou testamentaire. En effet elles n'ont pas d'existence légale. Une congrégation religieuse ou une corporation quelconque ne peut exister comme personne civile distincte des membres qui la composent, qu'en vertu d'une loi ou d'un décret. C'est un principe certain, et s'il n'existait pas il faudrait le créer, car il n'y aurait pas sans lui d'ordre social possible.

L'incapacité de recevoir, qui frappe les congrégations religieuses non autorisées, ne frappe pas leurs membres considérés *ut singuli*. Cependant, s'il était démontré qu'ils sont personnes interposées par rapport à la congrégation, c'est-à-dire que la congrégation est le véritable donataire ou légataire et que le membre auquel la donation ou le legs paraît s'adresser n'est qu'un intermédiaire chargé de restituer à la congrégation, la disposition serait nulle. V. art. 911.

Il ne résulte pas de l'art. 906 qu'on ne puisse imposer au donataire ou au légataire une charge, qui devra profiter à des personnes non conçues au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur. Ainsi on n'a pas contesté la validité du legs fait par Mme de Beaumont à la faculté de droit de Paris, *à la charge de décerner tous les ans un prix à celui des aspirants au doctorat qui fournira le meilleur mémoire,* bien que ce legs dût profiter dans l'avenir à des personnes non conçues au décès de la testatrice.

Autre est le cas du legs fait à une personne incertaine, comme si le testateur a chargé son légataire « de faire droit, s'il est possible, à quelque disposition dont il a connaissance, dans la mesure dont lui seul sera juge et maître absolu ». Une semblable disposition est nulle. Liège, 21 décembre 1882, Sir., 85. 4. 23.

381. 2° *Femmes mariées.* Elles ne peuvent aucunement recevoir à titre gratuit sans une autorisation de leur mari ou de la justice.

382. 3° *Personnes de mainmorte.* On désigne sous ce nom les personnes morales du droit administratif, telles que les départements, les communes, les hospices, les congrégations religieuses dûment autorisées. Les personnes de *mainmorte* sont frappées d'une incapacité absolue de recevoir à titre gratuit, en ce sens qu'elles ne peuvent pas recevoir sans une autorisation. On lit à ce sujet dans l'art. 910 : « *Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des* » *pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront* » *leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale* ». Des considérations de l'ordre le plus puissant ont fait établir cette

(1) Il en est de même quand il s'agit d'un legs conditionnel. Cass., février 1884, Sir., 84. I. 429.

règle. Sans parler de l'intérêt des établissements de mainmorte, auquel la nécessité de l'autorisation donne satisfaction dans une certaine mesure, des motifs d'ordre politique et d'intérêt général exigeaient qu'une trop grande accumulation de biens ne se produisît pas entre les mains des personnes de mainmorte, soit parce qu'elles auraient pu acquérir ainsi une trop grande puissance, soit parce que les biens qui leur appartiennent sont en fait retirés de la circulation. Enfin la nécessité de l'autorisation apparaissait encore au point de vue de l'intérêt des familles.

De nombreuses dispositions législatives sont venues modifier l'art. 910 en ce qui concerne l'autorité compétente pour autoriser l'acceptation des dons et legs faits à des établissements publics ou d'utilité publique. Nous citerons notamment : 1° en ce qui concerne les établissements ecclésiastiques, la loi du 2 janvier 1817, art. 1, et l'ordonnance du 2 avril 1817; 2° en ce qui regarde les hospices et hôpitaux, la loi du 7 août 1851, art. 9 et 10; 3° pour les bureaux de bienfaisance, le décret du 25 mars 1852, art. 1, et celui du 13 avril 1861, art. 6; 4° pour les départements, la loi du 10 août 1871, art. 46-5° et 53; et enfin pour les communes, la loi du 5 avril 1884, art. 68, et 111 à 113.

383. 4° *Condamnés à une peine afflictive perpétuelle.* Aux termes de l'art. 3 al. 1 de la loi du 31 mai 1854 : « *Le condamné à une peine* » *afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie,* » *soit par donation entre-vifs, soit par testament,* NI RECEVOIR A CE TITRE » SI CE N'EST POUR CAUSE D'ALIMENTS ». Notons qu'aux termes de l'art. 4 le condamné peut être relevé en tout ou en partie par le gouvernement de l'incapacité dont il s'agit. Cpr. t. 1, n. n. 214, 215 et 219.

384. Il existait autrefois une cinquième cause d'incapacité absolue de recevoir à titre gratuit ; elle résultait de l'art. 912, ainsi conçu : « *On* » *ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet* » *étranger pourrait disposer au profit d'un Français* ». Mais ce texte a été abrogé par la loi du 14 juillet 1819. V. t. 1, n. 155.

§ II. *Des incapacités relatives de disposer et de recevoir à titre gratuit.*

385. On en compte cinq, savoir : 1° l'incapacité de disposer dont est frappé le mineur à l'égard de son tuteur; 2° l'incapacité des enfants naturels à l'égard de leurs auteurs; 3° l'incapacité dont sont frappés les médecins et les ministres du culte par rapport aux malades qu'ils traitent ou assistent ; 4° l'incapacité de recevoir qui atteint les officiers de marine dans leurs rapports avec les personnes qui se trouvent sur leur bord ; 5° l'incapacité de recevoir spéciale aux congrégations religieuses de femmes dûment autorisées.

1° *Incapacité de disposer dont est frappé le mineur par rapport à son tuteur.*

386. Tant que dure la tutelle, le mineur ne peut aucunement disposer à titre gratuit au profit de son tuteur. « *Le mineur, quoique parvenu* » *à l'âge de seize ans* », dit l'art. 907 al. 1, « *ne pourra, même par* » *testament, disposer au profit de son tuteur* ». Cette incapacité est fondée sur l'état de dépendance et de subordination dans lequel le mineur se trouve à l'égard de son tuteur ; celui-ci aurait pu abuser de son autorité pour se faire gratifier par son pupille. Et comme l'autorité du tuteur survit à la cessation de la tutelle, et dure tant que la situation pécuniaire du mineur n'est pas définitivement réglée, notre article fait survivre pendant le même temps l'incapacité de disposer qui en est la conséquence. « *Le mineur, devenu majeur* », dit la loi, « *ne pourra dis-* » *poser, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de* » *celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été* » *préalablement rendu et apuré* » (art. 907 al. 2). — *Apuré,* c'est-à-dire vérifié et approuvé par le mineur.

A dater de ce moment l'incapacité du tuteur cesse, et le droit commun reprend son empire, sans qu'il soit nécessaire que le reliquat du compte ait été soldé, ni que les pièces justificatives de ce compte aient été remises au mineur et qu'il se soit écoulé dix jours depuis la date du récépissé constatant cette remise, comme l'exige l'art. 472 en vue d'une autre hypothèse qui n'a aucune analogie avec celle-ci. Il importe peu d'ailleurs que la tutelle ait cessé par la majorité du mineur, par son émancipation ou par toute autre cause. Il faut et il suffit, pour que l'incapacité du tuteur cesse, que la tutelle ait pris fin, et que le compte définitif ait été rendu et apuré.

Comme toutes les dispositions qui établissent des incapacités, l'art. 907 doit être interprété restrictivement. On ne peut donc pas l'étendre au subrogé tuteur, ni au curateur du mineur émancipé, ni au conseil judiciaire du prodigue ou du faible d'esprit. Les motifs de la loi manquent du reste ici aussi bien que son texte, le subrogé tuteur, le curateur et le conseil judiciaire n'étant pas investis de pouvoirs aussi étendus que le tuteur, et n'ayant pas par suite la même autorité. Nous excepterions aussi le tuteur *ad hoc,* à cause du caractère purement accidentel de sa mission, et le tuteur de l'interdit (arg. du mot *mineur*).

Mais d'ailleurs, l'art. 907 est applicable à tous les tuteurs, qu'ils soient légitimes, testamentaires ou datifs. Il s'applique aussi au *protuteur,* qui est un tuteur *ad certas res,* et au *cotuteur* (art. 396). Nous n'hésiterions pas non plus, malgré les dissidences qui se sont produites sur ce point, à l'appliquer au tuteur *de fait,* c'est-à-dire à celui qui a géré en fait la tutelle sans avoir le titre légal de tuteur. V. notamment art. 395. Il serait étrange que celui qui gère illégalement la tutelle fût de meilleure condition que celui qui la gère légalement. La règle ne comporte qu'une seule exception : elle est indiquée par la

partie finale de notre texte, et se justifie d'elle-même parce qu'elle s'applique à un tuteur dont il n'y avait pas lieu de redouter l'influence abusive : « *Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des* » *mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs* ».

2° *Incapacité dont sont frappés les enfants naturels à l'égard de leurs auteurs.*

387. Aux termes de l'art. 908 : « *Les enfants naturels* [légalement » reconnus] *ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien* » *recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre* des Successions ».

Ainsi que nous l'avons déjà observé, ce texte sert de sanction aux dispositions des art. 757 et s., qui restreignent dans des limites assez étroites le droit de l'enfant naturel sur la succession de ses parents. L'inégalité, que le législateur établit ainsi entre la postérité légitime et la postérité naturelle, aurait été plus nominale que réelle, si les parents avaient pu la faire disparaître au moyen de donations entre vifs ou testamentaires adressées à leurs enfants naturels. Le père naturel peut bien réduire son enfant à une part moindre que celle que la loi lui alloue (art. 761) ; mais il ne peut pas lui donner davantage.

L'expression *enfants naturels*, qu'emploie notre article, est générique; elle comprend tous les enfants illégitimes, par conséquent même les enfants *adultérins* ou *incestueux*. Ces enfants ne peuvent donc recevoir de leurs parents, dans les cas assez rares d'ailleurs où leur filiation sera légalement établie, que des donations ayant un caractère alimentaire ; car la loi, au titre *Des successions*, ne leur accorde que des aliments (art. 762 et 763).

L'incapacité, dont la loi frappe l'enfant naturel, n'existe que par rapport à ses père et mère (art. 908), et non par rapport aux parents de ceux-ci.

* La même incapacité atteint-elle les descendants légitimes de l'enfant naturel? Un point est certain : si l'enfant naturel est vivant, les donations faites à ses enfants par son père seront réputées faites à lui-même, et par suite réductibles à la limite fixée par l'art. 908 ; car les enfants de l'enfant naturel sont réputés de droit personnes interposées par rapport à lui (art. 911). Mais la question devient délicate, si l'enfant naturel est décédé à l'époque de la donation faite à ses enfants ou de la mort du testateur. On ne peut plus ici parler d'interposition de personne, la libéralité ne pouvant pas parvenir à l'enfant naturel par l'intermédiaire de ses enfants, puisqu'il est mort. Pour que l'on pût songer à critiquer la donation faite dans ces conditions aux descendants de l'enfant naturel, il faudrait qu'ils fussent personnellement incapables. La jurisprudence incline à ne pas les considérer comme tels, principalement pour ce motif que les textes qui édictent des incapacités doivent recevoir une interprétation restrictive; or l'art. 908 ne parle que de l'enfant naturel; donc il n'est pas applicable à ses enfants. On objecte que le mot *enfants* comprend généralement les descendants. Cela est exact, quand il s'agit d'enfants légitimes; mais la preuve qu'il n'en est pas de même ici, c'est qu'il a fallu un texte pour appeler les descendants de l'enfant naturel à exercer les droits de celui-ci au cas de prédécès de leur père (art. 759); il en faudrait un également pour qu'on pût leur étendre l'incapacité qui atteint leur père. Cass., 21 juillet 1879, Sir., 80. 1. 31.

388. Comme il n'est possible de connaître l'importance de la part qui revient à un enfant naturel dans la succession de son père qu'au décès de celui-ci, il en résulte que c'est seulement à cette époque qu'on pourra savoir si la donation faite à l'enfant naturel excède ou non la limite légale. En cas d'excès, la donation ne sera pas nulle, mais seulement réductible. En effet l'incapacité n'existe qu'au delà des limites légales, et il suffit par conséquent de ramener la donation à ces limites, pour satisfaire aux exigences de la loi. D'ailleurs la donation est réductible en cas d'excès, soit que l'enfant donataire accepte la succession de son auteur, soit qu'il la répudie.

3° *Incapacité dont sont frappés les médecins et les ministres du culte par rapport aux malades qu'ils traitent ou assistent.*

389. Aux termes de l'art. 909 al. 1 et 4 : « *Les docteurs en médecine ou* » *en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité* » *une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter* » *des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en* » *leur faveur pendant le cours de cette maladie... — Les mêmes règles* » *seront observées à l'égard du ministre du culte* ». La science dont le médecin est dépositaire, la religion dont le ministre du culte est le représentant, fournissent à l'un et à l'autre des armes puissantes pour influencer l'esprit des malades. « Leur autorité, dit Ricard, est d'au- » tant plus à craindre que la faiblesse de ceux auxquels ils ont affaire » est ordinairement réduite en sa plus grande extrémité, quand ils ont » besoin de leur secours ». C'est pourquoi la loi annule les libéralités, faites par un malade, pendant le cours de la maladie dont il est mort, au médecin qui l'a traité ou au ministre du culte qui l'a assisté, parce qu'elle considère ces libéralités comme étant le fruit de la captation.

C'est donc sur une présomption de captation qu'est basée la nullité édictée par notre article ; et, comme les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule un acte n'admettent pas la preuve contraire (art. 1352), on doit en conclure que le médecin ou le ministre du culte, contre lequel la nullité est demandée en vertu de notre article, offrirait inutilement de prouver que la donation est exempte de toute captation. Le tout sauf la restriction que l'art. 1352 établit relativement à l'aveu et au serment.

390. A quelles personnes s'applique l'incapacité édictée par l'art. 909. — Elle s'applique aux médecins et aux ministres du culte.

1° *Aux médecins.* La loi cite les docteurs en médecine et en chirurgie et les officiers de santé, c'est-à-dire ceux qui exercent légalement l'art de guérir. Elle ajoute les *pharmaciens,* qui ne peuvent l'exercer qu'illégalement : ce qui a conduit la jurisprudence à étendre l'incapacité dont il s'agit à tous ceux qui exercent illégalement l'art de guérir, tels que les charlatans, les empiriques, les somnambules, les magnétiseurs. D'autant plus que la captation frauduleuse est plus à redouter de la part de ces médecins de contrebande que de la part de ceux qui sont pourvus d'un diplôme, soit parce qu'ils offrent moins de garanties d'ho-

norabilité et de moralité, soit parce que leurs clients sont en général peu éclairés et par conséquent faciles à influencer.

2° *Aux ministres du culte :* non seulement du culte catholique, mais aussi des autres cultes, car la loi ne distingue pas. Toutefois on va voir que les conditions exigées par la loi pour que l'incapacité soit encourue, se rencontreront plus souvent chez les ministres du culte catholique.

391. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'incapacité édictée par l'art. 909. — Notre texte en exige deux.

Première condition. — Il faut que le médecin donataire ait traité le malade, ou, s'il s'agit d'un ministre du culte, qu'il l'ait assisté spirituellement.

Un médecin traite un malade quand il entreprend *sa cure,* c'est-à-dire quand il lui donne un ensemble de soins ou de prescriptions d'une manière régulière et continue. Tel n'est pas le cas du médecin qui a été appelé accidentellement en consultation. Encore moins du pharmacien qui n'a fait que vendre des remèdes sur l'ordonnance du médecin ; le pharmacien n'encourt l'incapacité édictée par l'art. 909, qu'autant qu'il usurpe le rôle du médecin en prescrivant un traitement au malade.

Par analogie de ce qui vient d'être dit relativement aux médecins, notre première condition ne se trouve remplie à l'égard du ministre du culte qu'autant qu'il s'est chargé de la direction spirituelle du malade. C'est par ce moyen en effet qu'il peut acquérir sur lui l'influence dont la loi redoute les abus.

Ne serait donc pas atteint par l'incapacité qu'édicte notre article le ministre du culte, qui se serait borné à rendre des visites au malade en qualité d'ami (Cass., 13 avril 1880, Sir., 80. 1. 361). Ni même celui qui aurait seulement accompli près de lui un ou plusieurs actes de son ministère, par exemple en lui administrant le viatique ou l'extrême-onction. Il faut que le ministre du culte ait eu avec le malade des entretiens spirituels, qu'il lui ait donné des conseils en vue de le diriger dans la voie à suivre pour bien mourir. La confession auriculaire est le plus puissant levier du *traitement* spirituel ; c'est surtout à la suite des entretiens intimes dont elle est l'occasion, que le ministre du culte acquerra sur l'esprit de son malade cette influence dont la loi redoute les suites. Mais, s'il résulte de là que les ministres du culte catholique, le seul où la confession auriculaire soit admise, sont ceux qui encourront le plus souvent l'incapacité édictée par notre article, il ne s'ensuit pas que les ministres des autres cultes ne puissent jamais l'encourir. Nos anciens auteurs, nous ne l'ignorons pas, semblaient restreindre l'incapacité dont il s'agit « aux confesseurs, à cause du grand pouvoir qu'ils exercent sur l'esprit de leurs pénitents et surtout de leurs pénitentes ». C'est Pothier qui s'exprime ainsi. Mais cette restriction ne saurait plus être admise aujourd'hui, soit parce que l'art. 909 ne fait aucune distinction, soit parce que la condition exigée par la loi (traitement spirituel) peut se trouver remplie même dans la personne du ministre d'un culte autre que le culte catholique. Ne peut-il pas se faire qu'il soit devenu l'arbitre des destinées spirituelles du malade, à la suite d'entretiens longs et fréquents ?

Deuxième condition. — Il faut que la donation (entre vifs ou testamentaire) ait été faite par le malade *pendant le cours de la maladie* dont *il est mort*.

Donc notre disposition ne recevra pas son application : 1° si la donation a été faite avant le commencement de la maladie ; 2° si le malade succombe par suite d'une cause étrangère à sa maladie, par exemple s'il meurt victime de l'incendie de sa maison. Solution qui, pour être conforme au texte de la loi, n'en est pas moins peu satisfaisante pour la raison ; 3° si le malade revient à la santé. Dans ce cas, comme dans le précédent, le droit commun reprendra son empire, parce que nous sommes en dehors des termes de l'exception. La libéralité sera donc valable, en supposant qu'elle ne soit entachée d'aucune autre cause de nullité.

Le médecin donataire a par conséquent tout intérêt à sauver son malade, et on peut être assuré qu'il fera tous ses efforts pour parvenir à ce résultat : c'est là le bon côté. Mais voici le mauvais : Il se peut que le malade, aujourd'hui revenu à la santé, ait été victime d'une captation frauduleuse. Au cas où il s'agira d'une donation testamentaire, le mal ne sera pas grand ; il la révoquera. Mais il n'aura pas cette ressource, s'il s'agit d'une donation entre vifs ; car les libéralités de cette nature sont irrévocables. Le secours de l'art. 909 lui faisant défaut, il ne lui restera que la ressource d'attaquer la donation, conformément aux termes du droit commun, et à la charge par conséquent de prouver la captation frauduleuse qui sert de fondement à son action, preuve toujours difficile. On ne peut guère justifier la loi du reproche d'imprévoyance qui lui a été adressé de ce chef. Le correctif pratique est entre les mains du juge, qui sera naturellement porté à se montrer assez facile sur la preuve de la captation.

392. Des exceptions à la règle établie par l'art. 909. — La règle, qui frappe de nullité les libéralités faites par un malade, pendant le cours de la maladie dont il meurt, au médecin qui l'a traité ou au ministre du culte qui l'a assisté durant cette maladie, reçoit deux exceptions.

a. La première est ainsi formulée par l'art. 909 al. 2 : « *Sont* » *exceptées :* 1° *Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier* » *eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus* ».

= *Faites à titre particulier*. Donc les donations faites à titre universel restent sous l'empire de la règle, c'est-à-dire qu'elles sont nulles et non pas seulement réductibles. Réduire une donation universelle, ce serait la dénaturer.

= *Eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus*. Ce qui est une question de fait, à résoudre par les tribunaux en cas de contestation. D'ailleurs la donation peut dépasser le montant des honoraires dus au médecin ; la loi autorise en effet les *donations* rémunératoires, et il n'y aurait pas donation, mais bien paiement, si le médecin ne recevait qu'une somme égale au montant de ses honoraires. En cas d'excès, la donation rémunératoire ne sera pas nulle, mais seulement réductible à la juste mesure qui n'aurait pas dû être dépassée.

Le médecin, auquel une donation rémunératoire a été faite, peut-il réclamer ses honoraires, outre le montant de la donation ? En principe, non ; car la donation

rémunératoire est considérée comme contenant le paiement de ce qui est dû au donataire, plus une gratification. Toutefois il pourrait résulter des circonstances que le disposant a eu une intention contraire, et alors elle devrait être suivie.

b. La deuxième exception comprend : « 2° *Les dispositions universelles, » dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu » toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins » que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même » du nombre de ces héritiers* » (art. 909 al. 3).

La loi dit : « Les dispositions *universelles* ». Lisez : *même universelles;* il est bien évident en effet que les dispositions à titre particulier seraient à plus forte raison permises dans le cas exceptionnel qui nous occupe.

Quand le médecin ou le ministre du culte est parent du malade au quatrième degré ou à un degré plus rapproché (en ligne directe ou collatérale, car la loi ne distingue pas), la donation qui lui est faite par le malade trouve une explication toute naturelle dans l'affection inspirée par la parenté. La présomption de captation, sur laquelle est basée l'incapacité édictée par l'art. 909, ne devait donc plus être admise, et il fallait déclarer la donation valable. Toutefois la loi exige, pour que la donation soit maintenue, que « le décédé n'ait » pas d'héritiers en ligne directe ». Ainsi l'exception ne profitera pas au médecin qui est cousin germain du défunt, si celui-ci laisse un fils. Après avoir formulé cette restriction, la loi ajoute : « à moins que » celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du » nombre de ces héritiers ». Ainsi, le défunt laissant plusieurs enfants, l'exception pourra profiter à celui d'entre eux qui, étant médecin, l'a traité pendant sa dernière maladie.

393. Aux exceptions qui viennent d'être indiquées, la jurisprudence en ajoute une autre au profit du mari médecin (ou ministre du culte), qui a traité sa femme pendant la maladie dont elle est morte. Le mari, dit-on, est tenu d'assister sa femme (art. 212); de là pour lui l'obligation, quand il est médecin, de soigner sa femme, de la traiter; le mari ne peut pas encourir une incapacité pour avoir satisfait à cette obligation légale. D'autre part, les motifs particuliers, qui ont fait édicter l'art. 909, n'existent plus ici : dans les cas ordinaires, le médecin acquiert en vertu de son titre une grande influence sur l'esprit des malades qu'il traite; mais dans notre hypothèse l'influence du médecin est absorbée par celle bien autrement puissante du mari. La loi s'est préoccupée des conséquences possibles de l'influence maritale, et elle a édicté à cet égard une série de règles qui sont déposées dans le chapitre IX. Ces règles se suffisent à elles-mêmes; il ne faut pas les aggraver en y ajoutant l'incapacité édictée par l'art. 909. Enfin l'exception, que l'art. 909 établit au profit du médecin parent en ligne directe du malade, et même quelquefois au profit de celui qui est parent en ligne collatérale, ne doit-elle pas profiter *a fortiori* au médecin qui est le mari de la malade ? Un conjoint n'est-il pas plus qu'un parent, même en ligne directe ? Telles sont les raisons qui ont entraîné la jurisprudence. La plupart des auteurs l'engagent à persévérer dans cette voie, et cependant il y a une objection grave contre son système : les exceptions sont de droit étroit; elles ne peuvent être admises qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Où est le texte qui établit celle dont il vient d'être parlé ?

Cette jurisprudence n'est pas au surplus sans quelques inconvénients pratiques ; elle a inspiré à plus d'un médecin l'idée d'épouser sa malade *in extremis*, afin de sauver une donation arrêtée en principe au moment où le mariage était contracté. De là une nouvelle difficulté. Le médecin profitera-t-il dans ce cas de l'exception que la jurisprudence admet au profit du mari ? On remarquera que la question ne se présente que pour les donations postérieures au mariage ou pour celles contenues dans le contrat ; celles qui précèdent n'ont pas été faites *au mari*, et par suite elles rentrent dans la règle. La nullité semblerait devoir être prononcée sans difficulté s'il était démontré que le mariage n'a été contracté par le médecin que dans le but d'éluder l'application de l'art. 909 ; il ne saurait être permis de se soustraire par un moyen frauduleux à une incapacité légale. Mais ici comme partout la fraude ne se présumera pas, elle devra être prouvée. D'ailleurs la preuve pourra être faite par tous les moyens possibles, même par témoins et par simples présomptions ; c'est le droit commun en matière de fraude.

4° *Incapacité de recevoir qui frappe les officiers de marine dans leurs rapports avec les personnes qui se trouvent sur leur bord.*

394. « Le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune disposition au profit » des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur », dit l'art. 997. — *Maîtres sur leur bord après Dieu*, les officiers d'un navire en cours de voyage tiennent entre leurs mains les destinées des passagers. La loi redoute leur influence, et l'incapacité dont elle les frappe se trouve présenter ainsi la plus grande analogie avec celle qu'édicte l'art. 909. On remarquera toutefois que l'exception, formulée par l'art. 997 au profit des officiers qui sont « parents du testateur », est beaucoup plus large que celle déposée dans l'art. 909.

5° *Incapacité relative de recevoir, spéciale aux congrégations religieuses de femmes légalement autorisées et aux membres de ces communautés.*

* **395.** Cette incapacité est prévue et réglée par les art. 4 et 5 de la loi du 24 mai 1825, ainsi conçus :

Art. 4. Les établissements dûment autorisés pourront, avec l'autorisation spéciale du Roi : — 1° Accepter les biens meubles et immeubles qui leur auraient été donnés par acte entre-vifs ou par acte de dernière volonté, à titre particulier seulement.....

Art. 5. Nulle personne faisant partie d'un établissement autorisé ne pourra disposer, par acte entre vifs ou par testament, soit en faveur de cet établissement, soit au profit de l'un de ses membres, au delà du quart de ses biens, à moins que le don ou legs n'excède pas la somme de 10,000 fr. — Cette prohibition cessera d'avoir son effet relativement aux membres de l'établissement, si la légataire ou donataire était héritière en ligne directe de la testatrice ou donatrice.....

Ces textes prévoient deux cas bien distincts :

1° *Cas où une donation entre vifs ou testamentaire est faite à une communauté religieuse de femmes dûment autorisée.* Elle ne peut être valable qu'autant qu'elle est à titre particulier. Le législateur prohibe donc toute donation universelle ou à titre universel au profit desdites communautés. Le but de cette disposition n'a pas été de limiter le montant des libéralités que ces communautés peuvent être autorisées à recevoir, mais d'éviter qu'elles fussent mises en scène, contrairement au but de leur institution : ce qui serait arrivé, si le législateur avait permis qu'elles pussent recevoir des donations universelles. La prohibition de la loi est donc fondée sur des raisons de convenance, tirées de la qualité des personnes morales dont il s'agit : et de là il résulte que les donations faites en violation de cette prohibition seraient nulles, et non pas seulement réductibles. De deux choses l'une en effet : ou la réduction

transformerait la donation universelle en une donation à titre particulier, et alors la libéralité serait dénaturée; ou elle diminuerait seulement sa quotité, en réduisant par exemple au quart une donation de la moitié des biens, et alors l'inconvénient qu'a voulu éviter le législateur subsisterait.

La prohibition dont s'agit s'applique, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la donation a été faite à la communauté par un de ses membres ou par un étranger. Un membre de la communauté ne peut donc, comme un étranger, faire au profit de la communauté qu'une disposition à titre particulier; encore serait-elle soumise à la restriction dont il va être parlé maintenant (art. 5).

2° *Cas où la disposition est faite par un membre de la communauté au profit d'un autre membre de la même communauté.* La disposition ne peut pas dépasser le quart des biens de la disposante, à moins que le don ou legs n'excède pas la somme de 10,000 fr. Sauf cette double restriction, on admet généralement que la disposition peut être universelle ou à titre universel, la loi n'ayant pas reproduit ici la restriction qu'elle formule dans l'art. 4 pour le cas où la donation est faite à la communauté. L'article indique suffisamment que la prohibition cesse, quand la donataire ou légataire est héritière en ligne directe de la disposante; la disposition peut alors avoir lieu suivant les termes du droit commun.

§ III. *Sanction des différentes incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit.*

396. Les dispositions de la loi, qui créent des incapacités de disposer et de recevoir, sont fort gênantes pour ceux qu'elles atteignent, et il était facile de prévoir qu'on imaginerait mille moyens frauduleux pour en éluder l'application. La loi devait déjouer par avance toutes ces combinaisons; autrement ses dispositions, dépourvues de sanction, seraient demeurées lettre morte. Une expérience séculaire a démontré que les fraudes les plus usitées consistent, soit à déguiser la libéralité, qu'on veut faire parvenir à un incapable, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit à la faire sous le nom d'une personne interposée. De là l'art. 911, ainsi conçu : « *Toute disposition au profit d'un incapa-* » *ble sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux,* » *soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. — Seront répu-* » *tés personnes interposées, les père et mère, les enfants et descendants,* » *et l'époux de la personne incapable* ».

= *Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle.* La donation n'est nulle que dans les limites de l'incapacité du donataire. Ainsi, s'il s'agit d'une donation faite à un enfant naturel, elle sera nulle seulement en tant qu'elle excède la limite légale (arg. art. 908): ce qui revient à dire qu'elle est réductible.

397. La loi prévoit d'abord le cas où la disposition a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Ainsi un père naturel, qui a déjà donné à son enfant une somme égale ou peut-être supérieure à la valeur de sa part héréditaire future, veut l'avantager au delà de cette limite, qui ne peut pas être dépassée aux termes de l'art. 908. Au lieu de lui faire une donation, que les intéressés ne manqueraient pas d'attaquer plus tard, il déclare lui vendre un de ses biens, et il

lui donne immédiatement quittance du prix sans l'avoir touché ; de sorte que l'enfant est en réalité donataire, mais il paraît être acquéreur à titre onéreux. En dissimulant la libéralité sous ce masque, le disposant espère la soustraire à l'application de l'art. 908. Si l'existence de cette fraude est démontrée, la vente sera prise pour ce qu'elle est réellement, c'est-à-dire qu'elle sera considérée comme une donation et par suite annulée.

Remarquons que la fraude ne se présumera pas. Il est possible après tout que le contrat soit sincère, qu'il ne déguise pas une donation. Les intéressés, qui prétendent que l'acte à titre onéreux n'est autre chose qu'une donation déguisée, devront donc prouver leur assertion. Tous les modes de preuve seront d'ailleurs admissibles; c'est le droit commun quand il s'agit de démasquer une fraude; donc, non-seulement la preuve littérale, l'aveu et le serment, mais aussi la preuve testimoniale et même les simples présomptions dont l'appréciation est abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. Ainsi, au cas de donation déguisée sous la forme d'une vente, comme nous le supposions tout à l'heure, les juges pourront considérer la fraude comme établie, s'il est démontré que le prétendu acheteur n'a pas pu payer avec ses ressources personnelles la somme représentant le prix de la vente, ou si cette somme ne se retrouve pas dans la succession du prétendu vendeur et qu'il soit impossible d'en découvrir la trace.

398. En deuxième lieu, la loi s'occupe du cas où la libéralité a été faite à l'incapable sous le nom d'une personne interposée. La personne interposée est un intermédiaire choisi par le disposant pour faire parvenir la libéralité à l'incapable; c'est un prête-nom qui reçoit à la charge de transmettre à l'incapable; il sert de trait d'union entre le disposant et l'incapable : d'où la dénomination de *personne interposée*. Ainsi un père naturel, qui a déjà donné à son enfant tout ce dont il peut disposer à son profit, voulant l'avantager au delà de cette limite, fait une donation à un ami qu'il charge secrètement de restitution au profit de l'enfant. Il espère ainsi donner le change, et soustraire la libéralité à la nullité en la dissimulant. Si la fraude est découverte, l'enfant sera considéré comme donataire véritable, et par suite la donation sera nulle. Mais ici, comme dans le cas de donation faite sous le voile d'un contrat à titre onéreux, la fraude ne se présumera pas; il faudra que son existence soit prouvée par le demandeur en nullité, qui sera d'ailleurs autorisé à faire cette preuve par tous les moyens possibles. Il y a fraude, dès que le donataire apparent a été chargé, même secrètement, par le disposant, de restituer à l'incapable. Cette charge de restitution est connue sous le nom de *fidéicommis*, ou mieux *fiducie*.

La jurisprudence décide qu'il n'est pas nécessaire que la charge de restitution résulte d'une déclaration *expresse*. Les disposants, qui savent que l'existence prouvée du fidéicommis au profit d'un incapable entraîne la nullité de la donation et par suite la ruine de leurs espérances, se gardent avec soin d'imposer la charge de restitution dans un acte écrit; ils évitent même quelquefois de l'imposer par une déclaration verbale, dont l'existence pourrait être prouvée plus tard, principalement par l'aveu du donataire ou par son refus de prêter serment; ils en agissent ainsi du moins, quand ils ont la certitude que l'intermédiaire auquel ils s'adressent devinera leurs intentions sans qu'ils les expriment; on se comprend quelquefois à demi-mot et même sans se parler. Ce fidéicommis tacite, si l'existence en est reconnue, entraînera les mêmes conséquences qu'un fidéicommis exprès Comme le dit la cour de Bordeaux, le législateur a évité avec intention de définir les fidéicommis tacites, parce qu'il a voulu que le pouvoir des tribunaux pût se mouvoir dans un cercle aussi large que la fraude. Voyez aussi Pau, 24 juillet 1878, Sir., 78. 2. 282, et Besançon, 7 juin 1879, Sir., 80. 2. 14.

Mais toujours est-il que la fraude devra être démontrée, fût-ce à l'aide de simples présomptions dont le juge aura à apprécier le mérite et la gravité. (Lyon. 10 janvier 1883, Sir., 84. 2. 136). Un des faits les plus probants, parmi ceux qui pourront être invoqués à titre de présomptions, est la restitution faite à l'incapable par celui qu'on prétend être une personne interposée, et à une époque voisine de la disposition.

399. Par exception à la règle qui vient d'être développée, il y a certains cas dans lesquels l'interposition de personne est présumée de plein droit par la loi, de sorte que les intéressés n'ont plus besoin de la démontrer. « Seront réputés personnes interposées », dit l'art. 911 *in fine*, « les pères et mères, les enfants et descendants et l'époux de la » personne incapable ». C'est l'expérience des faits qui a dicté cette présomption légale, comme toutes les autres. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit.* En fait, les libéralités, adressées au père, à la mère, aux enfants, aux descendants ou à l'époux d'une personne incapable, sont presque toujours destinées à l'incapable lui-même : ce sont là les intermédiaires que le disposant choisit ordinairement comme étant les plus sûrs, pour faire parvenir la libéralité à l'incapable. Mais prouver le rôle qui leur est assigné est chose difficile ; car la fraude se cache. Le législateur dispense les intéressés de toute preuve, en élevant la probabilité d'interposition de personne à la hauteur d'une présomption égale.

Cette présomption peut dans certains cas être contraire à la vérité; les intéressés qui le prétendent seront-ils admis à en fournir la preuve? Non ; notre présomption est l'une de celles sur le fondement desquelles la loi annule un acte (la donation), et, aux termes de l'art. 1352, les présomptions de cette nature ne sont pas susceptibles d'être combattues par la preuve contraire. Cass., 22 janvier 1884, Sir., 84. 1. 227, et Orléans, 5 février 1885, Sir., 85. 2. 252.

399 *bis*. Les présomptions légales sont de droit étroit, surtout celles qui aboutissent à une incapacité; on ne saurait donc les étendre en

dehors du cas spécial qu'elles prévoient. C'est à la lumière de ce principe qu'il faut interpréter l'art. 911 *in fine*. Il répute de droit personnes interposées :

1° *Les père et mère de l'incapable,* mais non les autres ascendants.

D'ailleurs, la loi ne distinguant pas, la présomption d'interposition de personne s'appliquera au père et à la mère naturels, aussi bien qu'au père et à la mère légitimes (Cass., 22 janvier 1884, Sir., 84. 1. 227; Dijon, 26 décembre 1883, Sir., 84. 2. 163; Orléans, 5 février 1885, Sir., 85. 2. 152). La cour de Paris a fait une application remarquable de cette déduction dans l'espèce suivante : Un homme, dont la concubine était enceinte, avait reconnu son enfant pendant qu'il était encore dans le sein de sa mère; puis, toujours avant la naissance de l'enfant, il avait fait une donation à la mère. Celle-ci a été déclarée personne interposée à l'égard de l'enfant, par application de l'art. 911.

2° *Les enfants et descendants de l'incapable.*

Les enfants. Il est de jurisprudence que cette expression comprend, non seulement les enfants légitimes, mais aussi les enfants légitimés (arg. art. 333), les enfants adoptifs (arg. art. 350) et même les enfants naturels, ce qui est un peu plus douteux.

Les descendants, quel que soit leur degré, *lex non distinguit.*

3° *L'époux de la personne incapable,* ou son épouse bien entendu. La loi ne distinguant pas, il faut en conclure que la présomption d'interposition de personne continue à subsister, même après la séparation de corps prononcée entre l'incapable et son conjoint, bien qu'alors le motif qui a fait établir la présomption n'existe plus. Il en serait autrement en cas de divorce.

Mais la présomption ne s'appliquerait pas au fiancé de l'incapable; la loi dit : *l'époux.* On maintient en général cette solution, même dans le cas où la donation est faite au futur époux de l'incapable par son contrat de mariage. N'est-ce pas à tort? La donation par contrat de mariage est faite sous la condition *si nuptiæ sequantur;* elle devient par suite caduque, si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088). Alors n'est-il pas vrai de dire qu'elle s'adresse en réalité à l'époux plutôt qu'au fiancé? D'autant plus que la donation par contrat de mariage, comme toutes les autres conventions faites en vue du mariage par ledit contrat, ne produit son effet qu'à partir du mariage; elle s'adresse donc en réalité à l'époux. Aussi remarquera-t-on que, dans les dispositions où elle réglemente les donations faites par contrat de mariage aux futurs époux ou à l'un d'eux, la loi parle toujours de donations s'adressant *aux époux.* Voyez la rubrique du chap. VIII de notre titre, et les art. 1081, 1082, 1089, 1090. Ainsi jugé par la cour de Lyon, le 24 novembre 1860, au sujet d'une donation qu'un père naturel avait faite par contrat de mariage au futur conjoint de son enfant. En sens contraire, Cass., 24 janvier 1881, Sir., 81. 1. 404.

On est d'accord pour admettre que la présomption d'interposition de personne dont nous nous occupons ne frappe pas le concubin ou la concubine de l'incapable, ni ses alliés même les plus proches.

400. La donation, faite à un incapable par personne interposée, est nulle ou réductible, non seulement à l'égard de l'incapable, mais aussi à l'égard de la personne interposée; ce n'est pas elle en effet que le disposant a voulu gratifier.

401. Limites de l'art. 911. — Nous avons dit plus haut que les présomptions d'interposition de personnes, écrites dans l'art. 911 *in fine,* n'étaient pas susceptibles d'être combattues par la preuve contraire; ce sont des présomptions inflexibles. Elles cesseraient cependant de recevoir leur application dans le cas où il serait matériellement impossible que la donation parvînt à l'incapable, par exemple s'il était mort au moment de l'ouverture du droit. Ainsi un père naturel, dont l'enfant est mort, fait une donation entre vifs à la mère de l'enfant; ou bien, l'enfant étant vivant, il dispose par testament au profit de sa mère ou de son conjoint; mais l'enfant meurt avant le testateur. La donation ou le legs ne tombera pas sous le coup de l'art. 911; car il est matériellement impossible qu'il profite à l'enfant.

D'autre part, les présomptions d'interposition de personnes qui nous occupent ne s'appliquent qu'aux incapacités, dont il est question dans le chapitre II, auquel appartient l'art. 911. En effet ces présomptions n'ont été évidemment écrites qu'en vue des incapacités que le législateur venait d'édicter. Elles ne recevraient donc pas leur application :

1° *A l'incapacité qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.* La solution contraire conduirait à ce singulier résultat, que le père ou la mère du condamné ou ses enfants ou son conjoint ne pourraient recevoir à titre gratuit de personne.

2° *Aux incapacités édictées par les art.* 975, 997 *et* 1596.

Nos présomptions ne s'appliquent même pas indistinctement à toutes les incapacités édictées dans notre chapitre. Elles sont sans application :

a. *A l'incapacité dont l'art.* 906 *frappe les personnes non conçues.* Comme elles ne sont pas encore *in rerum natura,* elles ne peuvent avoir ni parents ni conjoint.

b. *A l'incapacité prévue par l'art.* 910. Le motif est le même : les personnes *de mainmorte* ne peuvent avoir ni parents ni conjoint.

c. Ni enfin *à l'incapacité prévue par l'art.* 912, aujourd'hui abrogé : ce qui résulte de la place même qu'occupe l'article.

De sorte que finalement les présomptions d'interposition de personnes de l'art. 911 ne concernent que les incapacités *relatives* de disposer et de recevoir édictées dans le chapitre II.

Il n'en est pas de même de la règle écrite dans l'alinéa 1 de l'art. 911. Cette règle qui a pour but de réprimer des fraudes à la loi, dont l'existence est démontrée, a par sa nature même la plus grande généralité, à tel point qu'on aurait peut-être pu se dispenser de la formuler. Elle devra donc s'appliquer dans tous les cas, et même quand il s'agira d'incapacités qui ne sont pas édictées dans notre chapitre, par exemple de l'incapacité qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

402. A qui appartient le droit de demander la nullité ou la réduction de la disposition à titre gratuit faite au profit d'un incapable ou par un incapable? A toute personne intéressée. C'est la seule solution qu'on puisse admettre dans le silence de la loi. L'action appartiendra donc au disposant et à ses héritiers ou successeurs universels.

Appendice. — De l'époque à laquelle doit exister la capacité de disposer chez le donateur ou le testateur, et la capacité de recevoir chez le donataire ou le légataire.

403. Il ne suffit pas de savoir quelles personnes sont capables de disposer à titre gratuit, quelles autres sont capables de recevoir ; il

faut rechercher à quelle époque doit exister la capacité soit chez le disposant, soit chez le donataire.

Le code est presque muet sur cette question. Mais il n'est pas impossible de la résoudre à l'aide des principes généraux, combinés avec les données que nous fournit l'ancien droit. Une distinction doit tout d'abord être faite entre la donation entre vifs et le testament.

A. *Donation entre vifs.*

404. Le plus souvent la donation entre vifs se fait par un seul et même acte, qui contient l'offre du donateur et l'acceptation du donataire. Il faut alors que le donateur soit capable *de fait* et *de droit* au moment de la donation : — capable *de fait,* entendez sain d'esprit; — capable *de droit,* c'est-à-dire exempt de toute incapacité juridique, soit absolue, telle que l'incapacité qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle, soit relative, comme celle qui frappe les mineurs devenus majeurs, dans leurs rapports avec leur ancien tuteur, tant que le compte définitif de la tutelle n'a pas été rendu et apuré.

Quant au donataire, il suffit qu'il soit capable *de droit* au moment de la donation, c'est-à-dire qu'il ne soit alors frappé d'aucune incapacité juridique de recevoir à titre gratuit, soit absolue, soit relative (arg. art. 906 al. 1); il n'est pas nécessaire qu'il ait la capacité *de fait,* c'est-à-dire la sanité d'esprit, la donation pouvant être acceptée en son lieu et place par ses représentants légaux.

Ces règles s'appliquent à la donation conditionnelle comme à la donation pure et simple ; en effet le contrat devient parfait au moment où les parties échangent leurs consentements, même quand la donation est surbordonnée à une condition.

La donation ne se parfait pas toujours par un seul et même acte; l'acceptation du donataire peut intervenir après coup et par un acte séparé (art. 932). Il y a alors trois phases à considérer dans la donation : 1° la *pollicitation* faite par le donateur, c'est-à-dire l'offre qu'il fait au donataire; 2° l'acceptation de cette pollicitation par le donataire; 3° la notification de cette acceptation au donateur.

Le donateur doit avoir la capacité *de droit* et la capacité *de fait* au moment de la pollicitation. Cette double capacité doit exister aussi au moment de l'acceptation faite par le donataire; car c'est à ce moment que le contrat se forme par le concours des volontés. Arg. art. 932, qui exige que l'acceptation ait lieu du vivant du donateur. Nous aurons à voir sous cet article si le donateur doit aussi être capable au moment de la notification de l'acceptation.

On admet généralement qu'il n'est pas nécessaire que la capacité du donateur ait subsisté pendant tout le temps intermédiaire entre la pollicitation et l'acceptation. *Media tempora non nocent.*

Quant au donataire, il n'est pas nécessaire qu'il soit capable *de fait,* c'est-à-dire sain d'esprit, à aucune des trois époques qui viennent d'être indiquées. Mais il doit incontestablement être capable *de droit* au moment de l'acceptation, c'est-à-dire qu'il doit n'être alors frappé d'aucune incapacité juridique de recevoir soit absolue, soit relative au disposant; car c'est alors que le contrat se forme. Nous recher-

cherons sous l'art. 932 s'il est nécessaire en outre que le donataire soit capable de droit au moment de la notification de la donation.

B. *Testament.*

405. Nous avons à envisager ici successivement la capacité du testateur et celle du légataire, et il faut les envisager à deux époques : celle de la confection du testament et celle de la mort du testateur.

a. *Capacité du testateur.* Le testateur doit avoir la capacité de droit aux deux époques qui viennent d'être indiquées, savoir : au moment de la confection du testament, car c'est alors qu'il dispose, et au moment de son décès, car c'est alors qu'il transmet. Quant à la capacité de fait (sanité d'esprit), il suffit qu'elle existe chez le testateur au moment de la confection du testament ; peu importe qu'il la perde plus tard.

Voici quelques applications de ces principes. Le testament, fait par un condamné à une peine afflictive perpétuelle, est nul, alors même que le testateur aurait recouvré sa capacité lors de son décès, par exemple à la suite d'une amnistie. Est nul également, le testament de celui qui meurt sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle, bien qu'il ait été fait à une époque antérieure à sa condamnation. Le premier testateur avait la capacité de droit lors de son décès, mais il ne l'avait pas lors de la confection de son testament ; en sens inverse, le deuxième avait la capacité de droit lors de la confection de son testament, mais il ne la possédait plus lors de son décès. Cpr. t. I, n. n. 211 à 213. De même, le testament fait par un mineur âgé de moins de seize ans serait nul (arg. art. 903), alors même qu'il mourrait après l'âge de seize ans. De même aussi, le testament fait par un mineur âgé de seize accomplis ne serait valable que dans les limites déterminées par l'art. 904, alors même que le testateur mourrait en majorité. De même enfin, la disposition testamentaire, faite par un mineur âgé de plus de seize ans au profit de son tuteur, serait nulle, alors même qu'il mourrait majeur.

On admet généralement qu'il n'est pas nécessaire que le testateur ait conservé la capacité de droit pendant tout le temps intermédiaire entre la confection du testament et le décès. *Media tempora non nocent.*

b. *Capacité du légataire.* Il n'est pas nécessaire que le légataire ait la capacité de recevoir, à l'époque de la confection du testament. C'est ce que l'on peut induire de l'art. 906 al. 2, ainsi conçu : « *Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur* ». Le défaut d'existence est la plus grande de toutes les incapacités. Eh bien ! si l'incapacité résultant du défaut d'existence à l'époque de la confection du testament ne nuit pas au légataire, à plus forte raison les autres incapacités. Mais il faut que le légataire soit capable, de droit au moins, au moment du décès du testateur ; car c'est à ce moment que la transmission des biens s'opère à son profit. Ainsi le legs sera nul, si le légataire se trouve à cette époque sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle. Serait valable au contraire le legs, fait à un condamné à une peine afflictive perpétuelle, qui, lors du décès du testateur, aurait recouvré sa capacité.

Cette règle, que le légataire doit être capable de recevoir à l'époque du décès du testateur, doit être appliquée même aux legs conditionnels. Il ne suffirait pas,

comme quelques-uns l'ont soutenu, que le légataire fût capable lors de la réalisation de la condition, quand la condition se réalise postérieurement au décès. Sans doute le droit à un legs conditionnel ne peut être définitivement acquis que quand la condition s'est réalisée : aussi l'art. 1040 déclare-t-il que le legs sera caduc, si le légataire, qui a survécu au testateur, ne survit pas à la réalisation de la condition. Mais, s'il résulte de là que le légataire doit être capable lors de la réalisation de la condition (quand cette réalisation a lieu après le décès), il n'en résulte pas que cela suffise. Même dans les legs conditionnels, le légataire acquiert un certain droit au moment du décès du testateur. C'est un droit imparfait sans doute ; mais enfin le droit existe, et il en résulte notamment que le légataire pourrait, aussitôt après le décès du testateur et avant la réalisation de la condition, avoir recours aux mesures conservatoires dont parle l'art. 1180. Eh bien ! pour que ce droit, tout imparfait qu'il est, puisse se fixer sur la tête du légataire, il faut qu'il soit capable.

CHAPITRE III

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE ET DE LA RÉDUCTION

SECTION PREMIÈRE

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE

* **406. Historique.** — I. Le droit romain, qui avait d'abord admis pour le père de famille la liberté illimitée de disposer à titre gratuit, restreignit plus tard son droit en l'obligeant à laisser à certains parents privilégiés (descendants et ascendants) une portion déterminée de ses biens, *portio legibus debita,* qu'on appela *légitime* (*legitima pars bonorum*). Cette obligation, qui était fondée sur un devoir de piété, *ex officio pietatis,* avait pour sanction sous Justinien la *querela inofficiosi testamenti,* lorsque le défunt n'avait rien laissé au légitimaire, et dans le cas contraire une action en complément de la légitime. Pour exercer cette dernière action, il n'était pas nécessaire de se porter héritier du défunt.

II. La *légitime* romaine passa dans nos anciens pays de droit écrit, où elle conserva ses principaux caractères. Fondée sur le *jus sanguinis,* et attachée à la qualité de parent plutôt qu'au titre d'héritier, elle était considérée comme une portion des *biens,* et non de l'*hérédité.* On en tirait cette conséquence qu'il n'était pas nécessaire de se porter héritier pour pouvoir la réclamer, et que les légitimaires n'en étaient pas saisis de plein droit.

Nos anciens pays de coutume admirent aussi l'institution de la légitime, mais en la modifiant profondément. D'une part, en effet, elle y était considérée comme une partie de la succession *ab intestat.* D'où cette triple conséquence : 1° que les légitimaires en étaient saisis de plein droit ; 2° qu'elle leur était due en corps héréditaires ; 3° qu'ils n'y avaient droit qu'en qualité d'héritiers. Et toutefois, si le légitimaire ne pouvait réclamer sa réserve *par voie d'action* qu'à la condition de se porter héritier du défunt, il pouvait, sans perdre ce titre, la retenir *par voie d'exception.* En d'autres termes, le légitimaire, qui, ayant reçu des biens du défunt en avancement d'hoirie, se trouvait *nanti,* était autorisé à les conserver jusqu'à concurrence de sa légitime, même en renonçant à la succession. D'autre part, la légitime admise en pays de coutume n'était attribuée qu'aux enfants et descendants, et constituait pour chacun d'eux un droit individuel. Le taux en était invariablement fixé à la moitié de ce que chaque enfant ou descendant aurait eu en l'absence

de dispositions à titre gratuit faites par le défunt (coutume de Paris, art. 298). Pour la détermination de la part de chaque légitimaire, on comptait l'enfant qui renonçait *aliquo accepto* pour s'en tenir à son don, mais non celui qui renonçait *nullo accepto*.

Indépendamment de la *légitime*, nos anciens pays de coutume avaient établi l'institution de la *réserve coutumière*. Cette réserve qui ne portait que sur les *propres*, était dite des *quatre-quints*, parce qu'elle s'élevait généralement aux quatre cinquièmes des propres. Elle était attribuée en masse aux parents de l'*estoc et ligne* dont provenaient les propres, à titre *de succession* AB INTESTAT; il fallait donc être héritier pour la recueillir, et les parts des renonçants accroissaient aux acceptants. La réserve dont il s'agit ne garantissait les héritiers que contre les dispositions testamentaires faites par le *de cujus;* elle n'autorisait pas la réduction des donations entre vifs.

Il y avait donc des différences importantes entre la *légitime* admise en pays de coutume et la *réserve* coutumière : 1° la légitime s'appliquait à tous les biens, même aux meubles et acquêts; la réserve, aux propres seulement; 2° la légitime était attribuée à certains parents seulement, aux descendants; la réserve, à tous les parents de l'estoc et ligne dont les propres provenaient, par conséquent souvent à des parents éloignés; 3° enfin la légitime garantissait les héritiers contre toutes les aliénations à titre gratuit émanées du défunt, tandis que la réserve ne les garantissait que contre les dispositions testamentaires.

Au surplus, les légitimaires ne pouvaient demander en cette qualité la réduction des dispositions à titre gratuit faites par leur auteur que dans les cas où ils n'obtenaient pas, par le moyen de la réserve des *quatre-quints*, la portion qui devait leur revenir; la légitime n'était donc que subsidiaire à la réserve.

III. La législation intermédiaire, dans le but d'empêcher la concentration des biens entre les mains de quelques familles puissantes, apporta des restrictions tout à fait exagérées au droit de disposer à titre gratuit. Nous n'y insisterons pas, parce que ce n'est pas à cette source que notre législateur a puisé. Bien que les discussions, qui ont accompagné la confection de cette partie du code civil, ne soient pas très nettes, on peut cependant affirmer que le législateur s'est surtout inspiré en cette matière des dispositions de notre ancien droit coutumier, relatives à la légitime et à la réserve; il les a combinées les unes avec les autres.

IV. La réserve établie par le code civil diffère principalement de la légitime admise en pays de coutume, en ce qu'elle est accordée, non seulement, comme cette dernière, aux descendants, mais aussi aux ascendants (art. 913 et 915). Elle diffère principalement de la réserve coutumière : 1° en ce qu'elle porte sur tous les biens indistinctement, tandis que la réserve coutumière ne portait que sur les propres de succession; 2° en ce qu'elle est attribuée seulement aux descendants et aux ascendants, tandis que la réserve coutumière était attribuée à tous les parents de *l'estoc et ligne* dont provenaient les propres; 3° en ce qu'elle garantit les héritiers réservataires, non seulement, comme la réserve coutumière, contre les donations testamentaires, mais aussi contre les donations entre vifs.

§ I. *Règles générales relatives à la réserve et à la quotité disponible.*

407. Le plus beau privilège du propriétaire consiste dans la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit; il peut par ce moyen réparer de nombreuses injustices et soulager bien des misères. Mais dans cer-

tains cas l'usage illimité de ce droit aurait touché à l'abus. Il existe certains parents, auxquels nous devons une partie de nos biens, parce qu'ils leur sont naturellement destinés : ce sont nos descendants et nos ascendants, ceux à qui nous avons donné la vie et ceux de qui nous la tenons. De notre vivant, la loi nous oblige à leur fournir des aliments, s'ils sont dans le besoin; elle leur réserve, pour après notre mort, une certaine partie de nos biens, dont elle ne nous permet pas de les dépouiller par des dispositions à titre gratuit. La portion du patrimoine, qui est ainsi *réservée* à certains héritiers privilégiés, porte le nom de *réserve;* l'autre portion, sur laquelle le propriétaire conserve un droit de libre disposition, s'appelle *quotité disponible.*

La réserve peut donc être définie : *une partie de la succession, dont les héritiers en ligne directe ne peuvent pas être privés par des dispositions à titre gratuit émanées du défunt.* La sanction du droit de réserve est l'*action en réduction,* à l'aide de laquelle les héritiers réservataires peuvent reconquérir les biens dont le défunt a disposé à titre gratuit au delà des limites de sa quotité disponible.

Les seules personnes qui aient droit à la réserve sont les descendants du défunt et ses ascendants, quel que soit d'ailleurs leur degré. C'est ce qui résulte de l'art. 916, ainsi conçu : « *A défaut d'ascendants et de » descendants, les libéralités par actes entre-vifs ou testamentaires pour- » ront épuiser la totalité des biens* ». Les frères et sœurs, et à plus forte raison les autres collatéraux, n'ont donc aucun droit de réserve. Toutefois il semble exister à ce point de vue un défaut d'harmonie dans le système du code civil : les frères et sœurs du défunt et leurs descendants sont appelés à la succession à l'exclusion des aïeuls et autres ascendants plus éloignés; et cependant la loi refuse aux premiers un droit de réserve qu'elle accorde aux derniers; de sorte que « le droit héréditaire le plus fort est moins garanti que le droit héréditaire le plus faible », comme le dit fort bien M. Demolombe.

408. Pour pouvoir réclamer la réserve, il ne suffit pas d'être parent en ligne directe du défunt; il faut de plus : 1° être appelé à la succession; 2° se porter héritier.

1° *Il faut être appelé à la succession.* Ainsi, en présence de descendants venant à la succession, les ascendants n'ont droit à aucune réserve, parce qu'ils ne sont pas héritiers. Avant d'être *héritier réservataire,* il faut être héritier, *prius est esse quam esse tale.*

2° *Il faut se porter héritier;* c'est-à-dire venir à la succession, l'accepter soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire. D'où il résulte que celui qui renonce à la succession, ou qui en est écarté comme indigne, n'a aucun droit à réclamer la réserve.

Cela est de tradition. *Apud nos non habet legitimam nisi qui heres est,* disait

Dumoulin. Et tel est bien encore le système admis par notre législateur. Nous voyons en effet que le code civil n'établit pas la réserve par voie de *disposition directe,* et par voie d'*attribution individuelle* à chaque héritier réservataire : ce qui permettrait peut-être de dire que la réserve est attachée au *jus sanguinis*, et indépendante par conséquent du titre d'héritier. Le législateur se borne à déterminer la *quotité disponible,* c'est-à-dire la partie de son patrimoine dont le défunt a pu disposer au préjudice de ses héritiers réservataires. Il laisse donc la réserve dans la succession *ab intestat,* et il faut évidemment être appelé à celle-ci et la recueillir pour y avoir droit; car la réserve n'est autre chose que la succession *ab intestat* moins la quotité disponible. En d'autres termes, le seul effet des art. 913 et 915 est, ainsi que le disent MM. Aubry et Rau, d'obliger celui qui a des parents en ligne directe à laisser à leur profit dans sa succession la portion de biens dont la loi lui interdit la disposition. D'autre part, dans de nombreux textes, la loi désigne les réservataires sous le nom d'*héritiers,* donnant ainsi à entendre qu'ils ne peuvent réclamer la réserve qu'en se portant héritiers. C'est ainsi que l'art. 917 parle des « *héritiers* au profit desquels la loi fait une réserve ». Même langage dans l'art. 930, où il est dit que l'action en réduction peut être exercée « par les *heritiers...* ». Voyez aussi les art. 922, 924, 1004, 1006, 1009 et 1011.

* Les héritiers tiennent leur droit de réserve non de leur auteur, mais bien de la loi; ils ne sauraient donc, quand ils viennent se prévaloir de ce droit, être repoussés par la maxime *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* Bordeaux, 29 décembre 1887, Sir., 88. 2. 41.

N° 1. De la réserve des descendants.

409. Aux termes de l'art. 913 : « *Les libéralités, soit par actes entre-* » *vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du* » *disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime; le tiers, s'il* » *laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand* » *nombre* ». Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, le législateur ne détermine ici, directement au moins, que la *quotité disponible.* Mais cela suffit pour faire connaître le montant de la *réserve.* En effet, la quotité disponible et la réserve formant par leur réunion l'unité qui constitue le patrimoine, il est clair que, la première étant connue, la seconde sera égale à la différence qui existe entre la première et l'entier. Ainsi la loi dit que la quotité disponible est de la moitié du patrimoine, quand il y a un enfant; donc la réserve est de l'autre moitié. Elle ajoute que la quotité disponible est du tiers quand il y a deux enfants; donc la réserve est des deux autres tiers. Enfin, la quotité disponible étant du quart quand il y a trois enfants ou un plus grand nombre, la réserve est par cela même du surplus, c'est-à-dire des trois quarts. En un mot, la réserve est le *complément* de la quotité disponible, c'est-à-dire qu'elle est égale à ce qu'il faut ajouter à la quotité disponible pour former un entier.

L'idée, qui a servi de point de départ au législateur dans l'art. 913, est que la quotité disponible doit être égale à une part d'enfant. Nous voyons en effet qu'en présence d'un seul enfant la quotité disponible est de la moitié, par conséquent égale à la part réservée à l'enfant, qui est de l'autre moitié; s'il y a deux enfants, la

réserve de chacun est d'un tiers, et le disponible d'un tiers également; de même, s'il y a trois enfants, la réserve de chacun est d'un quart et le disponible d'un quart également. En poursuivant l'application de cette idée, on serait arrivé à dire que la quotité disponible doit être d'un cinquième quand il y a quatre enfants, d'un sixième quand il y en a cinq, d'un douzième quand il y en a onze..., ainsi que le décidait la loi du 24 germinal an VIII, art. 1. Mais notre législateur a considéré que ce serait restreindre dans des limites trop étroites le droit des pères de famille, auxquels il importe de donner, comme l'a dit Tronchet au conseil d'Etat, « la faculté de récompenser et de punir avec discrétion, celle de réparer entre leurs enfants les inégalités de la nature ou les injustices aveugles de la fortune..., en outre la faculté d'exercer des actes de bienfaisance et de reconnaissance envers des étrangers ». Aussi, notre législateur a-t-il voulu que le père pût toujours disposer au moins du quart de ses biens, adoptant ainsi comme *minimum* le taux que le législateur de l'an VIII avait fixé comme *maximum*.

410. Ce ne sont pas seulement les enfants qui ont droit à la réserve; elle appartient aussi aux descendants d'un degré plus éloigné, petits-fils, arrière-petits-fils, pourvu bien entendu qu'ils viennent à la succession. Mais, dans tous les cas, ils ne doivent être comptés, au point de vue du calcul de la réserve, que pour la tête de l'enfant dont ils sont issus, quel que soit d'ailleurs leur nombre. Aucun doute ne peut s'élever sur ce point, quand les descendants viennent par représentation; l'art. 914 dit en effet : « *Sont compris dans l'article précédent,* » *sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit;* » *néanmoins ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent* » *dans la succession du disposant* ». Et la même solution doit être admise sans hésitation, quand les descendants viennent de leur propre chef, les mots *qu'ils représentent* signifiant certainement ici : *qu'ils* REMPLACENT, *dont ils sont issus*. Ainsi trois petits-fils, issus d'un fils unique renonçant ou indigne, et arrivant de leur chef à la succession de leur aïeul, n'auraient droit qu'à une réserve de la moitié, et non des trois quarts. Autrement le fils du défunt pourrait, en renonçant pour faire arriver ses enfants à sa place, augmenter le montant de la réserve : ce qui est inadmissible. Rouen, 12 février 1887, Sir., 88. 2. 42.

411. Bien que la loi ne parle dans les art. 913 et 914 que des enfants et des descendants *légitimes,* il est certain que le droit à la réserve appartiendrait aussi à l'enfant légitimé et à ses descendants (arg. art. 333), et à l'enfant adoptif dans la succession de l'adoptant (arg. art. 350). Cpr. t. I, n. 946.

412. Mais les enfants naturels légalement reconnus ont-ils droit à une réserve ? La jurisprudence et la grande majorité des auteurs admettent aujourd'hui l'affirmative. En effet, si l'art. 913, qui ne parle que des enfants *légitimes,* paraît au premier abord résoudre la question contre les enfants naturels, il y a un texte qui suppose nécessairement l'existence d'une réserve à leur profit, c'est l'art. 761,

et un autre, l'art. 757, qui contient tout à la fois le principe même de cette réserve et une base permettant d'en déterminer le montant.

Nous disons que l'art. 761 suppose nécessairement l'existence d'une réserve au profit des enfants naturels. Il résulte effectivement de ce texte qu'un père naturel ne peut jamais dépouiller entièrement son enfant; il lui est seulement permis de le réduire à la moitié de sa part héréditaire, en lui faisant une donation *entre vifs* dans laquelle il exprime cette volonté. Nous avons vu (*supra* n. 115) que le père naturel ne pourrait pas imposer cette réduction à son enfant par une disposition testamentaire : la loi veut que le préjudice résultant de la réduction à la moitié soit compensé dans une certaine mesure par l'avantage que l'enfant retirera de la jouissance des biens donnés. Or, si le père naturel ne peut, en faisant une donation entre vifs à son enfant, lui faire subir qu'une réduction limitée, et s'il ne peut même pas lui faire subir cette réduction en faisant à son profit une disposition testamentaire, comment se pourrait-il qu'il eût le droit de le priver de sa part héréditaire tout entière, en épuisant son patrimoine par des donations entre vifs ou testamentaires faites au profit d'autres personnes?

L'art. 761 suppose donc nécessairement l'existence d'une réserve au profit de l'enfant naturel. Nous avons ajouté que l'art. 757 contient le principe même de cette réserve et une base qui permet d'en déterminer le montant.

Il contient le principe même de cette réserve. En effet il assimile, à la quotité près, le droit héréditaire de l'enfant naturel à celui de l'enfant légitime; il considère l'enfant naturel comme une fraction d'enfant légitime. L'enfant naturel doit donc avoir une réserve; autrement son droit héréditaire ne serait pas de la même nature que celui de l'enfant légitime.

En outre l'art. 757 fournit une base pour déterminer le montant de la réserve qui nous occupe. Il suffit d'appliquer pour la fixation de cette réserve le principe que la loi établit pour la fixation de la part héréditaire de l'enfant naturel, c'est-à-dire qu'il faudra rechercher quelle aurait été la réserve de l'enfant naturel, s'il eût été légitime, et lui en attribuer le tiers, la moitié, les trois quarts ou la totalité, suivant les distinctions contenues dans les art. 757 et 758.

413. Voici maintenant les applications de cette règle :

a. L'enfant naturel est en concours avec des descendants légitimes. Sa part héréditaire est fixée dans ce cas au tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime (art. 757); sa réserve sera donc du tiers de celle à laquelle il aurait eu droit dans cette supposition. Ainsi il y a un enfant naturel et un enfant légitime; si l'enfant naturel était légitime, sa réserve serait d'un tiers (art. 913); elle sera par conséquent d'un neuvième (le tiers du tiers). On trouverait de même que la réserve d'un enfant naturel serait d'un douzième (le tiers du quart) en présence de deux enfants légitimes, d'un seizième en présence de trois, et ainsi de suite;

b. L'enfant naturel se trouve en présence de frères ou sœurs ou d'ascendants du défunt. Sa part héréditaire est fixée dans ce cas à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime (art. 757) ; sa réserve sera donc de la moitié de celle d'un enfant légitime, c'est-à-dire d'un quart ;

c. On trouverait de même qu'en présence de collatéraux ordinaires la réserve de l'enfant naturel serait de trois huitièmes (les trois quarts de la moitié à laquelle il aurait eu droit s'il eût été légitime). Arg. art. 913 et 757 *in fine;*

d. Enfin, s'il n'y a aucun parent au degré successible, la réserve de l'enfant naturel sera la même que celle d'un enfant légitime. Arg. art. 758.

414. D'ailleurs l'enfant naturel a le droit, pour obtenir sa réserve, de faire réduire toutes les libéralités qui y portent atteinte, non seulement les legs, mais en outre, si cela ne suffit pas, les donations, même celles qui sont antérieures à sa

reconnaissance. C'est une conséquence nécessaire de l'assimilation que nous venons d'établir, à la quotité près, entre le droit de réserve de l'enfant naturel et celui de l'enfant légitime.

* **415.** Il reste à savoir sur quelle partie de la succession devra se prendre la réserve de l'enfant naturel. C'est toujours le même principe qui doit nous servir de guide. Il faut procéder ici (sauf la quotité) comme l'on procèderait si l'enfant naturel était transformé en un enfant légitime : ce qui conduira à prélever sa réserve, tantôt sur celle des héritiers légitimes seulement, tantôt sur cette réserve et sur la quotité disponible proportionnellement.

Ainsi il y a trois enfants légitimes, un légataire universel et un enfant naturel. En l'absence d'enfant naturel, les enfants légitimes auraient eu droit aux trois quarts (art. 913), et le légataire universel à un quart. Si l'enfant naturel eût été légitime, nous aurions eu quatre enfants légitimes, dont la réserve n'aurait pas été plus forte que celle de trois (art. 913); par suite le légataire universel aurait toujours pris le quart, et les quatre enfants se seraient partagé le reste. Donc, en supposant l'enfant naturel légitime, sa présence ne nuirait ici qu'aux autres enfants légitimes, elle ne nuirait pas au légataire universel; par conséquent la réserve de l'enfant naturel se prélèvera exclusivement sur celle des enfants légitimes. Autrement le légataire universel obtiendrait moins en présence de trois enfants légitimes et d'un enfant naturel qu'en présence de quatre enfants légitimes. Résultat inadmissible, et qui suffit à lui seul pour condamner l'opinion, d'après laquelle la réserve de l'enfant naturel devrait dans tous les cas être considérée comme une dette de la succession tout entière, et prélevée à ce titre *sur la masse,* par conséquent sur la réserve des héritiers légitimes et sur la quotité disponible proportionnellement.

Supposons maintenant un enfant légitime, un légataire universel et un enfant naturel. En l'absence d'enfant naturel, la succession se serait divisée par moitié entre l'enfant légitime et le légataire universel. Si l'enfant naturel eût été légitime, il y aurait eu deux enfants légitimes qui auraient pris chacun un tiers, et le légataire universel aurait eu droit à un tiers également. En supposant l'enfant naturel légitime, sa présence aurait donc nui également à l'autre enfant légitime et au légataire universel. Sa réserve restreinte doit leur nuire dans la même proportion et se prélever également sur la part de l'un et sur celle de l'autre, ou, ce qui est la même chose, sur la masse de la succession.

On trouverait, en poursuivant l'application du même procédé, que, si le défunt, à défaut de descendants légitimes, laisse des ascendants *dans les deux lignes,* la réserve de l'enfant naturel doit se prélever exclusivement sur celle des ascendants. Elle se prélèverait au contraire pour moitié sur la réserve des ascendants et pour moitié sur la quotité disponible, s'il n'y avait d'ascendants que dans une seule ligne. Nous laissons le calcul à faire à titre d'exercice.

416. Un enfant légitime, légitimé, adoptif ou naturel ne peut être compté pour le calcul de la réserve qu'autant qu'il est capable de recueillir la succession. Ainsi on ne compterait pas l'enfant qui est mort avant l'ouverture de la succession sans laisser de descendants, ni celui dont l'existence n'est pas reconnue, parce qu'il est absent. Mais on compterait l'enfant qui serait sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle; car, s'il est incapable de recevoir par donation entre vifs ou par testament, il n'est pas incapable de recevoir à titre de succession.

Faut-il compter les enfants renonçants? Une jurisprudence cons-

tante, soutenue par le suffrage de la majorité des auteurs, résout cette grave question dans le sens de l'affirmative.

Quelque inébranlable que paraisse cette jurisprudence, nous nous joignons à la minorité qui en sollicite la réformation au nom des textes et des principes, du triomphe desquels il ne faut jamais désespérer.

Pour soutenir que les enfants renonçants doivent être comptés pour le calcul de la réserve, la cour de cassation dit, et les auteurs répètent après elle, que l'art. 913 détermine la quotité disponible, et par suite la réserve, d'après le nombre des enfants que le défunt *laisse,* sans distinguer s'ils acceptent ou répudient. — Mais nous avons déjà vu la loi employer plusieurs fois cette expression pour désigner les personnes que le défunt *laisse comme héritiers* (voyez notamment les art. 746, 748, 749, 757, 758); pourquoi donc n'aurait-elle pas ici le même sens? — La cour ajoute qu'aux termes de l'art. 786 la part du renonçant accroît à ses cohéritiers; donc, dit-elle, quand, sur trois enfants, par exemple, l'un renonce, sa part dans la réserve (qui est une portion de la succession) accroîtra aux enfants acceptants; par conséquent les deux enfants qui acceptent auront à eux deux la réserve de trois.— Mais l'art. 786, ainsi que nous l'avons expliqué (*supra* n. 175), n'est qu'une conséquence, et une conséquence mal déduite, du principe posé par l'art. 785, d'après lequel « L'héritier qui renonce, » est censé n'avoir jamais été héritier ». C'est donc au principe qu'il faut s'attacher, plutôt qu'à la conséquence, qui n'a peut-être pas été formulée avec toute la précision désirable. Or, si nous appliquons le principe, que voyons-nous? C'est que, l'héritier qui renonce étant considéré comme n'ayant jamais été héritier, on ne doit pas le compter pour le calcul de la réserve, pas plus qu'on ne le compterait s'il n'avait jamais existé. D'ailleurs l'art. 786 formule deux conséquences du principe posé par l'art. 785; et, si l'on veut appliquer la première, il faut nécessairement, pour être logique, appliquer aussi la seconde : « s'il [le renonçant] est seul, sa part est dévo- » lue au degré subséquent ». Ce qui conduirait à dire que, s'il y a un seul enfant et qu'il renonce, son droit à la réserve sera dévolu aux ascendants ou aux collatéraux appelés à son défaut. C'est inadmissible, et nul ne l'admet. Eh bien ! si l'on est obligé de reconnaître que l'art. 786 est inapplicable ici pour la moitié, autant dire qu'il l'est pour la totalité. Cpr. *infra* n. 418.

Il est vrai que notre solution conduit à des résultats qui ne sont pas satisfaisants de tous points; mais ce n'est pas une raison suffisante pour s'en écarter. Les textes et les principes avant tout!

N° 1. De la réserve des ascendants.

417. La réserve des ascendants est fixée par l'art. 915 al. 1, ainsi conçu : « *Les libéralités, par actes entre vivs ou par testament, ne pour-* » *ront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse* » *un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et* » *maternelle; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans* » *une ligne* ».

Le mot *ascendants* qu'emploie ici la loi est générique, et comprend même les père et mère. Cela posé, le législateur, pour déterminer le montant de la réserve des ascendants, ne se préoccupe pas précisément de leur nombre, mais du point de savoir s'il en existe dans une seule ligne ou dans les deux. La réserve est du quart dans le premier cas, et de la moitié dans le second : ce qui revient à dire que chaque

ligne a droit à une réserve d'un quart, quel que soit le nombre des ascendants qui la représentent. Ainsi la réserve de quatre bisaïeuls appartenant à la même ligne, ne sera toujours que d'un quart, tandis que la réserve du père et de la mère serait de la moitié, un quart pour chacun.

L'art. 915 ajoute : « *Les biens ainsi réservés au profit des ascendants,* « *seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder* ». Ainsi l'aïeul prendrait toute la réserve affectée à la ligne à laquelle il appartient, à l'exclusion de deux bisaïeuls, père et mère de son épouse prédécédée. Les bisaïeuls ne peuvent pas ici réclamer une part dans la réserve, parce qu'ils ne sont pas appelés à la succession (art. 746 al. 2). Nouvelle preuve que, pour avoir droit à la réserve, il faut être héritier, *non habet legitimam nisi qui heres est.* D'où il faut conclure que les ascendants n'auraient pas droit à la réserve, s'ils étaient exclus de la succession par des collatéraux. Tel serait le cas d'un aïeul en présence d'un frère du défunt (art. 750 et 752). Avant d'être héritier réservataire, il faut être héritier, *prius est esse quam esse tale.*

Enfin l'art. 915 dit dans sa partie finale : « *ils* [*les ascendants*] *auront* » *seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concur-* » *rence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à* » *laquelle elle est fixée* ». On sait que, dans plusieurs cas, les ascendants sont appelés à la succession en concurrence avec des collatéraux ; alors le partage ne devra s'opérer entre les uns et les autres, dans les proportions déterminées au titre *Des successions,* qu'autant que cette opération devra avoir pour résultat de procurer aux ascendants au moins leur réserve. Dans le cas contraire, les collatéraux n'auront droit qu'à ce qui restera une fois que les ascendants seront remplis de leur réserve. Ainsi le défunt laisse un aïeul paternel, un collatéral maternel et un légataire à titre universel de la moitié des biens. La moitié dont le défunt n'a pas disposé, se partagera par portions égales, conformément à l'art. 733, entre le collatéral et l'aïeul, qui se trouvera ainsi rempli de sa réserve d'un quart. Mais si, dans la même hypothèse, on suppose un legs des trois quarts, le quart restant devra être attribué tout entier à l'aïeul, qui autrement n'obtiendrait pas sa réserve.

418. Nous avons déjà remarqué que la loi, qui appelle à la succession les frères et sœurs du défunt et leurs descendants, par préférence aux ascendants autres que le père et la mère, refuse cependant aux premiers le droit de réserve qu'elle accorde aux seconds, de sorte que le droit héréditaire le plus fort est moins garanti que le droit héréditaire le plus faible. Cette anomalie devait nécessairement faire naître des difficultés.

Supposons d'abord que le défunt laisse un frère et un aïeul. Si le frère accepte la succession, il est hors de doute que l'aïeul ne peut réclamer aucun droit de réserve; car il n'est pas héritier, et pour être réservataire il faut être héritier.

Mais voilà que le frère renonce à la succession, dont l'actif est peut-être épuisé

par les dispositions à titre gratuit émanées du défunt; l'aïeul se trouve ainsi appelé à la succession. Y viendra-t-il comme réservataire, et pourra-t-il à ce titre demander la réduction des donations faites par le défunt ? L'affirmative nous paraît résulter de l'art. 785, d'après lequel : « L'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été » héritier ». Par suite de cette fiction, l'ascendant vient à la succession comme il y serait venu si le frère n'y eût jamais été appelé, donc comme réservataire. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt du 22 mars 1869 (Sir., 70. 1. 9). Mais ne s'est-elle pas mise ainsi en contradiction avec elle-même? La cour décide, nous l'avons vu, que le *quantum* de la réserve des descendants doit être calculé d'après le nombre des enfants *laissés* par le défunt, sans distinguer s'ils acceptent ou s'ils renoncent; elle n'a donc égard alors qu'à l'état de choses existant lors du décès, et elle ne tient aucun compte des modifications que peut y apporter la renonciation d'un ou de plusieurs héritiers. Le même principe ne doit-il pas conduire aussi à décider que la renonciation des frères ne peut pas faire naître au profit des ascendants un droit de réserve qu'ils n'avaient pas d'après l'état de choses existant lors du décès? Si la renonciation d'un fils est un fait indifférent au point de vue du calcul de la réserve, pourquoi en est-il autrement de la renonciation d'un frère? C'est un argument de plus contre le système de la cour suprême.

Voici maintenant une complication : outre un aïeul et un frère, le défunt laisse un légataire universel. L'aïeul pourra-t-il dire : « Le titre d'héritier, attribué par la loi au frère du défunt, est détruit par l'institution du légataire universel (arg. art. 1006): c'est donc moi qui me trouve appelé à la succession *ab intestat*. J'y viens comme réservataire, et je demande la réduction du legs ». Assurément non. Le titre du frère est bien paralysé par l'institution du légataire universel, mais il n'est pas détruit : c'est toujours à lui que demeure déférée la succession *ab intestat;* et si, pour une cause quelconque, le legs ne produit pas son effet, par exemple par suite du refus du légataire, la succession reviendra au frère, qui aurait aussi incontestablement le droit d'attaquer le testament et de profiter de la nullité.

Mais supposons que le frère renonce à la succession; l'aïeul pourra-t-il dire : « Maintenant l'obstacle qui m'empêchait d'arriver à la succession est levé, l'héritier qui me précédait étant censé par suite de sa renonciation n'avoir jamais été héritier. C'est donc à moi que revient ce titre, et qu'il est censé avoir toujours appartenu; par suite je l'exerce avec les avantages que la loi y attache, et j'invoque mon droit de réserve pour faire réduire le legs universel ». La cour de cassation a jugé cette prétention bien fondée, et sa solution nous paraît exacte; mais nous laissons à la cour suprême le soin de la concilier avec son système relatif aux enfants renonçants qu'elle compte pour le calcul de la réserve. Quoi qu'il en soit, cette solution conduit à un résultat assez bizarre. L'ascendant, dans l'espèce proposée, a intérêt à ce que le frère renonce, puisque cet événement donnera ouverture à son droit de réserve; le légataire universel, au contraire, a intérêt à ce que le frère accepte, ou tout au moins à ce qu'il ne renonce pas. Alors il pourra bien arriver que l'ascendant offre une somme d'argent au frère pour obtenir qu'il renonce, et que le légataire universel, de son côté, lui fasse des offres, pour qu'il accepte; de sorte que l'acceptation ou la répudiation du frère, qui en définitive est désintéressé dans la question, sera mise en quelque sorte aux enchères, et qu'il pourra même spéculer pour obtenir par ce moyen l'équivalent d'une réserve que la loi lui refuse. Mais le mal n'est peut-être pas aussi grand qu'on a bien voulu le dire; car la renonciation, que le frère aurait faite moyennant un prix, équivaudrait à une acceptation (art. 780 *in fine*), et ne profiterait pas par conséquent à l'ascendant qui l'aurait payée. A défaut de cette ressource d'ailleurs, le légataire universel ne serait pas embarrassé la plupart du temps pour démontrer que la renonciation est frauduleuse et en faire prononcer la nullité (arg. art. 1167).

N° 3. A qui la quotité disponible peut être donnée.

419. Aux termes de l'art. 919 al 1 : « *La quotité disponible pourra* » *être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre-vifs, soit par tes-* » *tament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être* » *sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succes-* » *sion, pourvu que la disposition ait été faite expressément à titre de* » *préciput ou hors part* ».

* = *La quotité disponible pourra être donnée...*, SOIT PAR ACTE ENTRE-VIFS. Cette disposition signifie que l'on peut faire des donations entre vifs dans les limites de la quotité disponible, mais non que la quotité disponible elle-même peut faire comme telle l'objet d'une donation entre vifs. Une donation entre vifs, ainsi conçue : « Je donne à Pierre ma quotité disponible », serait nulle comme portant atteinte à la règle *Donner et retenir ne vaut*. En effet une pareille disposition, qui comprend *tout et rien* (car elle s'applique d'une part à tous les biens que le disposant laissera, par conséquent même à ses biens à venir, et d'autre part elle ne porte déterminément sur aucun bien, le disposant conservant le droit illimité d'aliéner), viole manifestement les art. 943 et 946. Au contraire, serait valable une disposition testamentaire ainsi conçue : « Je lègue à Paul ma quotité disponible », car on peut par testament disposer de ses biens à venir.

= *Aux enfants ou autres successibles du donateur*. La loi du 17 nivôse de l'an II, art. 16, interdisait toute disposition préciputaire au profit d'un des successibles. Notre législateur, qui entendait repousser ce système, a cru devoir s'en expliquer. Il allait de soi au contraire que la quotité disponible pût être donnée à des étrangers, et il suffisait par suite de le sous-entendre.

Le père qui lègue la quotité disponible à l'un de ses enfants, peut-il lui laisser le choix des biens à prélever en exécution du legs? V. sur cette question, Pau, 3 décembre 1883, Sir., 85. 2. 182.

420. Quel sera l'effet du don ou du legs fait par le défunt à l'un de ses successibles ? Il faut distinguer s'il y a eu ou non une clause de préciput.

a. *Le don ou le legs a été fait sans clause de préciput*. Le successible en devra le rapport, s'il accepte la succession (art. 843). Au cas où il renoncerait, il aurait le droit de conserver son don ou de réclamer son legs, mais seulement dans les limites de la quotité disponible (art. 845).

b. *Le don ou le legs a été fait par préciput et hors part*. Le successible donataire ou légataire en prélèvera (*præ capere, préciput*) le montant sur la masse héréditaire dans les limites de la quotité disponible, et viendra ensuite prendre part, avec les autres successibles, au partage du surplus des biens de la succession; il cumulera donc sa part héréditaire avec son don ou son legs (art. 844). Que s'il renonce, il pourra seulement retenir son don ou réclamer son legs, toujours dans les limites de la quotité disponible (art. 845).

La dispense de rapport est soumise à des formes solennelles qu'indique la partie finale de l'art. 919 : « *La déclaration que le don ou le legs* » *est à titre de préciput ou hors part, pourra être faite, soit par l'acte* » *qui contiendra la disposition, soit postérieurement, dans la forme des* » *dispositions entre-vifs ou testamentaires* ».

* Lorsque la dispense du rapport survient postérieurement à la disposition, le disposant a toujours le choix entre les deux formes indiquées par notre article. S'il choisit la forme testamentaire, la dispense du rapport sera révocable, alors même qu'elle s'appliquerait à un don entre vifs.

§ II. *Hypothèses particulières.*

Cas prévu par l'art. 917.

421. La quotité disponible peut être donnée soit à des étrangers, soit à des successibles ; mais elle constitue un *maximum*, que l'ensemble des libéralités faites par le défunt ne doit jamais dépasser. Les héritiers réservataires auraient le droit de demander la *réduction* de toute libéralité, qui, excédant la limite égale, porterait atteinte à leur réserve.

Le succès de l'action en réduction est évidemment subordonné à la preuve que la réserve a été entamée. Cette preuve, qui, suivant les règles du droit commun, est à la charge du demandeur, peut soulever une difficulté grave dans un cas particulier, celui où il s'agit de libéralités consistant en usufruit ou en rente viagère. Ainsi le défunt, qui laisse un enfant et un patrimoine dont l'actif net s'élève à 100,000 fr., a légué à un étranger une rente viagère de 3,000 fr., ou l'usufruit d'un bien valant 75,000 fr. Cette libéralité excède-t-elle la quotité disponible, qui dans l'espèce est de 50,000 fr. ? En jouissance, oui certainement. Mais la quotité disponible est de 50,000 fr. *en propriété*, et il faut savoir si l'usufruit ou la rente léguée représente une valeur supérieure à ce chiffre, si en d'autres termes le capital correspondant à la rente ou à l'usufruit légué est supérieur à 50,000 fr., auquel cas seulement il est vrai de dire que la quotité disponible a été excédée. Or il est impossible de le dire avec certitude ; car il s'agit d'un droit viager, et, pour mesurer exactement sa valeur, il faudrait connaître l'avenir, savoir combien de temps vivra l'usufruitier ou le rentier. Tout ce qu'il est possible de faire, c'est de supputer les chances de vie et de mort de l'usufruitier ou du rentier, d'après son âge, son état de santé... ; mais l'estimation que l'on fera de a valeur du droit d'après cette base sera nécessairement très incertaine.

L'art. 917 a résolu la difficulté d'une manière fort ingénieuse, en donnant à l'héritier réservataire le choix entre l'exécution pure et simple de la disposition et l'abandon de la quotité disponible en pleine

propriété. Estime-t-il que le droit viager légué par le défunt n'excède pas en réalité la quotité disponible ? il exécutera la disposition. Estime-t-il au contraire que sa réserve est entamée ? il abandonnera au légataire la quotité disponible en pleine propriété, 50,000 fr. dans l'espèce proposée tout à l'heure. C'était peut-être le meilleur moyen de tout concilier. L'héritier réservataire ne peut pas se plaindre, puisqu'on le fait juge en sa propre cause. Le donataire ou le légataire ne le peut pas non plus, puisqu'on lui abandonne au pis aller tout ce dont le défunt a pu valablement disposer. Il est vrai qu'on dénature ainsi la disposition faite à son profit, en le forçant d'accepter un capital à la place de l'usufruit ou de la rente que le défunt lui a donnée ou léguée ; à ce point de vue notre article contient une dérogation grave au droit commun (art. 1243) ; mais elle a paru nécessaire pour concilier équitablement les intérêts rivaux qui se trouvent ici en présence.

Nous sommes à même de comprendre maintenant l'art. 917, ainsi conçu : « *Si la disposition par acte entre-vifs ou par testament est d'un* » *usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité dispo-* » *nible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront* » *l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la* » *propriété de la quotité disponible* ».

Pour que l'héritier réservataire puisse exercer le droit d'option dont nous venons d'indiquer les deux termes, notre article exige que la valeur de l'usufruit ou de la rente excède *la quotité disponible*. Entendez : la quotité disponible *en usufruit*. En d'autres termes, il faut que la disposition faite au profit de l'usufruitier ou du rentier, excède la jouissance, le revenu de la quotité disponible. Ainsi, la quotité disponible étant de 50,000 fr. et son revenu de 2,500 fr., il y aura lieu à l'option dont parle notre article, dès que le défunt aura donné ou légué, soit l'usufruit d'un bien valant plus de 50,000 fr., soit une rente viagère supérieure à 2,500 fr. Mais au-dessous de cette limite, si par exemple la rente léguée n'est que de 2,000 fr., le droit d'option n'existerait plus. La question ne présente d'ailleurs guère d'intérêt pratique ; car l'héritier réservataire ne sera jamais assez mal inspiré pour offrir en pareil cas l'abandon de la quotité disponible en toute propriété ; et, à supposer qu'il fît cette offre, le donataire ou le légataire ne manquerait pas de l'accepter. De sorte qu'en définitive la loi aurait tout aussi bien fait d'accorder le droit d'option sans condition à l'héritier réservataire.

Jusqu'ici nous avons supposé un seul héritier réservataire. S'il y en a plusieurs, le droit d'option établi par l'art. 917 se divisera entre eux (car aucun texte ne le déclare indivisible), et par conséquent chacun pourra l'exercer dans tel sens qu'il lui plaira. Supposons qu'il y ait deux héritiers réservataires, et que l'un préfère payer la moitié de la rente viagère qui excède la quotité disponible ; il sera loisible à l'autre de faire l'abandon de la moitié de la quotité disponible en toute propriété.

422. L'art. 917 déroge au droit commun, nous en avons déjà fait la remarque. Sa disposition ne doit donc pas être étendue en dehors du cas spécial qu'elle prévoit, et, notamment, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, à l'hypothèse d'une disposition en *nue propriété*. Ainsi, dans l'espèce proposée tout-à-l'heure, l'art. 917 ne s'appliquerait pas, si le défunt, au lieu de léguer l'usufruit d'un immeuble valant 75,000 fr., en avait légué la nue propriété. Le droit commun reprendrait alors son empire, parce qu'on est en dehors de l'hypothèse exceptionnelle prévue par le texte. La jurisprudence est en ce sens (Paris, 17 mars 1877, Sir., 77. 2. 167). Nous reconnaissons volontiers d'ailleurs que le législateur aurait dû assimiler sur ce point, comme on le faisait généralement dans notre ancien droit, les dispositions de nue propriété aux dispositions d'usufruit et de rente viagère; car il y a *eadem ratio*, ou plutôt ce sont deux faces d'une même question. Aussi comprenons-nous facilement les hésitations qui se sont produites sur ce point dans la doctrine.

423. Il reste à concilier l'art. 917 avec l'art. 1970. Ce dernier texte dit que la rente viagère constituée à titre gratuit est réductible, quand elle excède la quotité disponible. Cpr. art. 1973. Or il semble résulter de l'art. 917 qu'il n'y aura jamais lieu à cette réduction, puisque l'héritier réservataire doit ou exécuter la disposition ou abandonner la quotité disponible. — La réduction peut être nécessaire dans plusieurs cas, et notamment lorsque le legs d'une rente viagère excédant la quotité disponible est accompagné d'autres legs. Ainsi, la quotité disponible étant de 50,000 fr., le défunt a légué une rente viagère de 3,000 fr. à Paul et un capital de 20,000 fr. à Pierre; l'héritier réservataire fait l'abandon de la quotité disponible. Il faudra nécessairement opérer la réduction proportionnelle des deux legs (art. 926); et pour cela il est nécessaire d'estimer ce que vaut *en capital* la rente viagère, eu égard à l'âge et à l'état de santé du crédi-rentier. La disposition de la loi du 22 frimaire de l'an VII, d'après laquelle l'usufruit doit être évalué à la moitié de la valeur en pleine propriété des biens sur lesquels il porte, n'a force obligatoire qu'en matière fiscale.

II. *Cas prévu par l'art. 918.*

424. « *La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge* » *de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un* » *des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible;* » *et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et* » *ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles* » *en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun* » *cas, par les successibles en ligne collatérale* ». Ainsi s'exprime l'art. 918, dont la disposition a son origine dans l'art. 26 de la loi du 17 nivôse de l'an II.

On appelle aliénation *à fonds perdu* celle qui est faite moyennant un droit viager, tel qu'un usufruit ou une rente viagère. Le bien aliéné est alors remplacé dans le patrimoine de l'aliénateur par un droit qui s'éteindra le plus souvent avec lui, et dont, régulièrement, il consommera les produits au fur et à mesure qu'il les percevra; de sorte qu'à sa mort ses héritiers ne retrouveront plus dans son patrimoine ni le bien aliéné ni sa contre-valeur. C'est pour ce motif que l'aliénation est dite *à fonds perdu;* expression qui ne signifie pas que le fonds aliéné est perdu pour l'aliénateur (toute aliénation produit ce résultat), mais bien

qu'il est perdu pour ses héritiers qui ne retrouveront dans sa succession ni le bien ni son équivalent. Le *fonds,* c'est-à-dire le capital, est perdu, en ce sens qu'il n'est pas remplacé *par un autre fonds.* Ainsi j'aliène à votre profit un immeuble qui vaut 100,000 fr., moyennant l'usufruit d'un autre immeuble qui vous appartient et qui vaut le double. C'est une aliénation *à fonds perdu.* Mon droit d'usufruit s'éteindra avec moi ; pendant ma vie j'en aurai vraisemblablement consommé les produits *lautius vivendo,* et par conséquent mes héritiers ne retrouveront dans ma succession ni le fonds ni sa contre-valeur. — L'aliénation *à charge de rente viagère,* que notre article paraît présenter comme distincte de l'aliénation à fonds perdu, n'en est qu'un cas particulier. Il en est autrement de l'aliénation à charge de rente perpétuelle ; en effet la rente perpétuelle ne s'use pas comme la rente viagère, qui s'éteint au bout d'un certain temps, ordinairement à la mort du crédirentier. Celui qui aliène un bien moyennant une rente perpétuelle, acquiert comme contre-valeur du bien aliéné un autre capital, la rente, que ses héritiers retrouveront un jour dans sa succession ; le fonds n'est donc pas perdu pour eux, il n'est que *remplacé.* — Quant à l'aliénation *avec réserve d'usufruit,* elle n'est pas autre chose qu'une aliénation de la *nue propriété,* et elle peut être faite soit à fonds perdu, soit moyennant un capital.

L'aliénation à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, faite par le défunt au profit de tout autre qu'un de ses *successibles* EN LIGNE DIRECTE, est présumée sincère, et ne peut pas, sauf le cas de fraude prouvée, être attaquée par les héritiers réservataires du disposant, comme contenant une donation déguisée. Ainsi un père de famille vend à un étranger l'unique immeuble dont il est propriétaire, moyennant une rente viagère de 10,000 fr., dont il consomme chaque année les arrérages. Ses enfants, qui ne retrouvent dans sa succession ni l'immeuble ni sa contre-valeur, ne pourront pas inquiéter l'acquéreur. Le contrat est présumé sincère ; et, si les héritiers réservataires du disposant soutiennent le contraire, s'ils prétendent qu'il n'est en réalité qu'une donation déguisée, ils devront en fournir la preuve. A cette condition seulement, ils en obtiendront la réduction aux limites de la quotité disponible.

Il n'en est plus de même, si l'aliénation à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit a été faite par le défunt au profit d'un de ses *successibles en ligne directe,* c'est-à-dire d'un de ses héritiers réservataires présomptifs au jour de la donation (1). Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un successible en ligne *ascendante* ou *descendante ;* car le texte ne

(1) L'art. 26 de la loi du 17 nivôse de l'an II employait l'expression « héritiers présomptifs », et il est fort probable que l'art. 918 a pris le mot « successible » comme synonyme. — Paris, 2 février 1881, Sir., 81.2. 121.

distingue pas. L'aliénation est alors présumée frauduleuse. La loi, ne tenant pas compte du nom que les parties ont donné à l'opération, la considère comme une donation déguisée; elle présume que la rente viagère ou le prix de la vente faite avec réserve d'usufruit ont été stipulés par le disposant sans l'intention de les exiger, que le successible n'a jamais payé les arrérages de la rente ou le prix de la nue propriété, et que les quittances qu'il pourrait présenter sont frauduleuses. C'est l'expérience des faits qui a dicté cette présomption comme toutes les autres. La plupart du temps, les aliénations à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit masquent une donation, quand elles sont faites par une personne au profit d'un de ses successibles en ligne directe. Il est donc probable que l'opération n'est qu'une donation déguisée. La loi transforme cette probabilité en une présomption, qui dispense de toute preuve ceux au profit desquels elle est établie (art. 1352 al. 1). Mais, comme l'intention manifeste du disposant, en supposant qu'il ait voulu faire une donation, n'a pu être que d'avantager au détriment des autres le successible avec lequel il a traité (cette intention résulte du détour même qu'il a pris en déguisant la donation), et que ce but ne serait pas atteint si, conformément au droit commun, on obligeait le successible au rapport de ce qu'il a reçu, la loi sous-entend ici une dispense de rapport, que le disposant ne pouvait pas exprimer sans se mettre en contradiction avec lui-même, puisqu'il déclarait contracter à titre onéreux et que la dispense du rapport implique une donation. En un mot, la loi, sans tenir compte du nom que les parties ont donné à l'acte, et au risque d'être quelquefois en désaccord avec la réalité des faits, y voit une donation, mais une donation dispensée du rapport. Aussi notre article décide-t-il que la valeur en pleine propriété du bien donné devra s'imputer sur la quotité disponible, et qu'il y aura lieu, non pas précisément au *rapport,* comme le dit la loi, mais plutôt à la *réduction* de l'excédent. Ainsi un père laisse deux enfants; à l'un il a vendu un immeuble valant 25,000 fr. moyennant une rente viagère de 2,000 fr.; la quotité disponible, calculée au décès du disposant d'après les règles établies dans les art. 913 et suivants, est de 20,000 fr.; elle est intacte, nous le supposons, c'est-à-dire qu'elle n'est pas entamée par d'autres donations. En vertu de la présomption établie par notre article, la prétendue vente dont il s'agit sera considérée comme une donation faite par préciput et hors part. Il faudra donc imputer, comme l'exige notre texte, la valeur de l'immeuble aliéné, soit 25,000 fr., sur la quotité disponible, qui n'est que de 20,000 fr. On trouve ainsi un excédent de 5,000 fr., qui devra être rapporté à la succession.

425. En résumé, l'art. 918, dérogeant sur ces deux points au droit

commun, établit une double présomption en ce qui concerne les aliénations à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, faites par le défunt au profit d'un de ses successibles en ligne directe : 1° présomption que l'acte cache une libéralité ; 2° présomption que le disposant a entendu dispenser cette libéralité du rapport.

La deuxième présomption tempère dans une certaine mesure la rigueur de la première, qui sera quelquefois contraire à la réalité des faits; car le contrat peut être sincère. Grâce à elle, un successible, qui est en réalité acquéreur à titre onéreux, mais qui ne peut se prévaloir de cette qualité, parce qu'on lui oppose la première présomption, pourra quelquefois conserver *à titre de donataire* le bien qu'il a légitimement et loyalement acquis. Mais cela n'arrivera pas toujours; car, si la valeur du bien excède la quotité disponible, l'excédent devra être remis à la masse, et le successible, qui est en réalité acquéreur à titre onéreux, se trouvera en perte d'autant; dans l'espèce proposée tout à l'heure, il perdrait 5,000 fr.

De là est née la question de savoir si le donataire, qui prétend que le contrat est sincère, contrairement à la présomption de la loi, serait recevable à en fournir la preuve, pour échapper à l'application de l'art. 918. La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent la négative. On se fonde sur l'art. 1352 al. 2, qui interdit toute preuve contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule un acte;* or c'est, dit-on, ce qui a lieu ici : sur le fondement de cette présomption que le contrat déguise une libéralité, la loi l'annule, du moins en tant que contrat à titre onéreux. Inutilement donc offrirait-on de prouver que le contrat est sincère, la présomption de la loi est inébranlable : c'est une de ces présomptions que les commentateurs appellent *juris et de jure.* — M. Laurent a toutefois fortement ébranlé cette solution, en observant qu'à la différence de la loi du 17 nivôse an II, l'art 918 n'*annule* pas l'acte, mais se borne à le *transformer :* d'un acte à titre onéreux il fait un acte à titre gratuit. Il maintient donc l'acte en réalité, mais à un autre titre; par suite notre présomption n'est pas de celles sur le fondement desquelles la loi *annule* un acte : ce qui conduit à dire que l'art. 1352 al. 2 n'est pas applicable, et que la preuve contraire est admissible.

En supposant qu'elle ne le soit pas, conformément à l'opinion générale, le successible pourra-t-il tout au moins répéter ce qu'il prouverait avoir payé, par exemple les arrérages de la rente viagère, dont il rapporterait les quittances? La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent la négative. Il y a présomption de fraude, et présomption *juris et de jure.* L'acte n'étant pas présumé sincère, il en doit être de même des quittances qui constatent son exécution. Autrement rien ne serait plus facile que d'éluder indirectement la disposition de la loi.

426. Qui peut invoquer l'art. 918. — Cette disposition a pour but d'empêcher que, par le moyen d'une libéralité déguisée sous la forme d'une aliénation à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit, une personne n'arrive à avantager l'un de ses successibles en ligne directe au delà des limites de la quotité disponible; elle est donc écrite dans l'intérêt des autres héritiers réservataires du disposant et dans le but de sauvegarder leur droit de réserve. Par conséquent c'est à eux et à eux seuls qu'appartiendra le droit de se prévaloir de notre disposition, et de réclamer l'imputation et le rapport dont elle parle. Et toutefois ce droit n'appartiendrait pas aux successibles en ligne directe, *qui auraient consenti à l'aliénation;* car leur con-

sentement implique qu'ils ont considéré l'acte comme sincère, qu'ils l'ont approuvé ; et il serait injuste de leur permettre, en attaquant l'acte, de revenir sur leur approbation.

Il y a donc un moyen de soustraire à l'application de l'art. 918 les aliénations à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, faites par une personne au profit d'un de ses successibles en ligne directe : c'est de faire intervenir à l'aliénation ceux-là même qui auraient lors du décès le droit d'en contester la sincérité, c'est-à-dire les autres successibles en ligne directe. Le consentement qu'ils y donneront emportera renonciation tacite de leur part au droit de l'attaquer plus tard. C'est un pacte sur succession future ; mais la loi l'autorise par dérogation aux règles générales. — Il faut faire intervenir tous les successibles ; car ceux-là seulement qui auront consenti à l'acte ne pourront pas l'attaquer. Notre texte est très formel sur ce point. Il est si formel qu'il est difficile de ne pas reconnaître le droit d'attaquer l'acte à tout successible en ligne directe qui n'y a pas figuré, même à ceux qu'il a été impossible d'appeler à y consentir parce qu'ils n'étaient pas encore conçus à l'époque de l'aliénation. La jurisprudence est en ce sens. La majorité des auteurs incline vers la solution contraire. On invoque surtout l'esprit de la loi, qui a voulu, dit-on, donner aux parties, lorsqu'elles veulent faire un contrat sérieux, le moyen d'échapper à l'application de l'art. 918. La présence à l'acte des héritiers présomptifs actuellement existants doit donc suffire pour le valider ; car il est bien impossible d'appeler ceux qui n'existent pas encore.

Notre article dit en terminant que sa disposition ne pourra jamais être invoquée par les successibles en ligne collatérale. C'était bien évident, puisqu'elle a pour but de sauvegarder un droit de réserve et que les collatéraux n'ont jamais de réserve. Aussi notre législateur aurait-il beaucoup mieux fait de ne pas formuler cette proposition qui est presque une naïveté ; c'est à peu près comme s'il avait dit qu'un héritier non réservataire ne peut pas exercer l'action en réduction.

* **427.** La cour de cassation a jugé par un arrêt en date du 14 janvier 1884 (Sir., 84. 1. 97) que la disposition de l'art. 918, relative à l'aliénation faite avec réserve d'usufruit, ne doit pas être étendue à une aliénation faite avec réserve d'un droit d'usage ou d'habitation. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

SECTION II

DE LA RÉDUCTION DES DONATIONS ET LEGS

I. *Généralités.*

428. Aux termes de l'art. 920 : « *Les dispositions soit entre-vifs, soit* » *à cause de mort, qui excèderont la quotité disponible, seront réducti-* » *bles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession* ».

= *A cause de mort.* La loi désigne sous cette dénomination les dispositions testamentaires et les donations dont il est question aux art. 1082 et suivants.

Notre article contient la sanction du droit de réserve : si les libéralités faites par le défunt excèdent dans leur ensemble la limite légale, c'est-à-dire la *quotité disponible,* les héritiers au profit desquels la loi établit la réserve peuvent exiger qu'elles soient ramenées à cette limite. Tel est l'objet de la *réduction,* qui constitue au profit de l'héri-

tier réservataire une arme tout à la fois défensive et offensive : *defensive,* en ce sens qu'il peut l'opposer aux donataires ou légataires qui viennent lui demander l'exécution d'une disposition entamant sa réserve ; *offensive,* en ce sens qu'il a une action contre le donataire nanti, pour le forcer à restituer ce qui lui a été donné au delà de la quotité disponible : c'est l'action en *réduction,* ou en *retranchement,* comme disaient nos anciens.

Ainsi qu'on le verra bientôt, la réduction a quelquefois pour résultat d'anéantir complètement une donation entre vifs ou testamentaire faite par le défunt. L'expression *réduction* n'est-elle pas alors impropre? Non ; car l'opération doit être appréciée et par suite dénommée d'après le résultat qu'elle produit sur l'*ensemble* des libéralités faites par le défunt. Or, si quelques-unes de ces libéralités peuvent succomber sous le coup de la réduction, il n'arrive jamais que toutes aient le même sort ; dans leur ensemble elles seront donc seulement réduites.

429. La réserve étant un droit de succession (*supra* n. 407), et la réduction n'étant que la sanction de la réserve, il en résulte : 1° que le droit de demander la réduction ne peut prendre naissance qu'au moment où s'ouvre le droit à la réserve elle-même, c'est-à-dire au moment du décès du disposant, ou, comme le dit l'art. 920, de l'ouverture de la succession; 2° qu'avant cette même époque un héritier réservataire présomptif ne peut pas renoncer valablement au droit d'attaquer les donations qui porteraient atteinte à sa réserve : une semblable renonciation constituerait un pacte sur succession future, prohibé par les art. 791, 1130 et 1600; voyez cependant une exception à cette règle dans l'art. 918; 3° qu'un héritier réservataire ne peut demander la réduction des libéralités qui entament sa réserve, qu'à la condition d'accepter la succession du disposant.

Peu importe d'ailleurs qu'il l'accepte purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. On trouvera peut-être singulier qu'un héritier pur et simple, qui est tenu *etiam ultra vires hereditatis* des obligations contractées par le défunt, et dont les droits sont aussi mesurés sur ceux du défunt, d'après la règle *Heres et defunctus una eademque persona esse intelliguntur,* puisse attaquer, par l'action en réduction, des donations que le défunt était obligé de respecter. Mais cette anomalie apparente disparaît, si l'on observe qu'il s'agit d'un droit que les héritiers réservataires tiennent de la loi et non du défunt. Ils l'exercent donc *ex persona sua,* et non *ex persona defuncti.*

430. Qui peut demander la réduction. — « *La réduction des » dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit » desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayant-cause; les » donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront » demander cette réduction ni en profiter* » (art. 921).

Les héritiers réservataires peuvent demander la réduction des legs, aussi bien que celle des dons entre vifs, quoique la loi ne parle que de ces derniers.

Le droit pour un héritier réservataire de demander la réduction est subordonné à cette condition, que sa réserve soit entamée. C'est à lui qu'il appartient de le prouver, suivant la règle qui met à la charge d'un plaideur la preuve de tous les faits par lui invoqués à l'appui de sa demande. Mais il peut d'ailleurs faire cette preuve par tous les moyens possibles, même par présomptions, car il s'agit de démasquer une fraude à la loi. Cass., 1er avril 1885, Sir., 86. 1. 168.

Un héritier réservataire, qui trouverait dans la succession des sommes ou des valeurs mobilières suffisantes pour parfaire sa réserve, ne pourrait pas intenter l'action en réduction contre des donataires d'immeubles, sous prétexte qu'il a droit à avoir une partie de sa réserve en immeubles, quand le défunt était propriétaire de biens de cette nature. Les art. 826 et 832, qui permettent à chaque héritier de demander sa part en nature des meubles et des immeubles de la succession, ne sont applicables que dans les rapports des cohéritiers entre eux. D'ailleurs l'art. 920 n'autorise l'action en réduction que quand la réserve a été entamée.

L'action en réduction est divisible. Chaque héritier peut l'exercer dans la mesure de son droit héréditaire.

431. Le droit de demander la réduction n'est pas exclusivement attaché à la personne des héritiers réservataires; il peut aussi, comme tous les droits ayant un caractère pécuniaire, être exercé par leurs héritiers et ayant cause.

Par leurs héritiers. Il faut supposer pour cela que le droit de réserve s'est ouvert dans la personne du réservataire, et que celui-ci est mort avant d'avoir pu exercer l'action en réduction. Ses héritiers, quels qu'ils soient, pourront l'exercer en son lieu et place.

Par leurs ayant cause, soit *à titre universel,* tels que les légataires universels ou à titre universel (les héritiers dont nous venons de parler, sont eux-mêmes des ayant cause à titre universel), soit *à titre particulier,* comme un cessionnaire de droits successifs.

432. Ne peuvent pas, d'après notre article, demander la réduction des dons entre vifs ni en profiter :

1° *Les donataires et les légataires.* Cela paraît tellement évident qu'on a quelque peine à comprendre que le législateur ait cru devoir le dire. Les donataires n'ont aucun droit de réserve; comment donc pourraient-ils prétendre à l'action en réduction, qui n'est que la sanction de ce droit?

Mais un donataire pourrait fort bien soutenir que la réduction ne doit pas l'atteindre, soit parce que l'héritier réservataire est rempli de sa réserve, soit parce qu'il y a d'autres donataires qui sont désignés par la loi comme devant être réduits avant lui (art. 923). Ce n'est pas là *demander la réduction* ni *en profiter,* mais bien demander *à n'être pas réduit,* ce qui est tout différent. Et il faut bien qu'il en soit ainsi; autrement l'héritier réservataire pourrait, sans se soucier de l'ordre établi par la loi, faire réduire telle donation qu'il lui plairait.

2° *Les créanciers du défunt.* Ils ne peuvent pas demander la réduction des dons entre vifs de leur chef, parce qu'ils n'ont pas de réserve, et ils ne peuvent pas la demander du chef du défunt et comme ayant cause de celui-ci (art. 1166), parce qu'à ce titre ils ne peuvent exercer

que les droits qui appartenaient à leur débiteur ; or le défunt n'aurait pas pu demander la réduction des dons entre vifs par lui faits.

A cela d'ailleurs rien d'injuste. De deux choses l'une, en effet : ou il s'agit d'un créancier dont la créance a pris naissance *postérieurement à la donation*, et alors il n'a jamais pu acquérir ni espérer aucun droit sur un bien qui était définitivement sorti du patrimoine de son débiteur à l'époque où il a traité avec lui ; ou il s'agit d'un créancier dont la créance a pris naissance *à une époque antérieure à la donation*, et si, en contractant, il ne s'est fait consentir aucune sûreté spéciale, telle que gage ou hypothèque, il doit subir le sort commun de tous les créanciers qui ont suivi la foi de leur débiteur, c'est-à-dire qu'il doit respecter toutes les aliénations, même à titre gratuit, accomplies par son débiteur. A moins toutefois qu'il n'y ait fraude de la part de celui-ci, auquel cas il y aurait lieu à l'action paulienne (art. 1167).

433. Non seulement les créanciers du défunt ne peuvent pas demander la réduction des dons entre vifs faits par le défunt, mais ils n'ont pas le droit d'en profiter quand elle a été effectuée sur la demande des héritiers réservataires. En effet ce n'est pas en leur faveur que les biens donnés rentrent dans la succession, mais bien au profit des héritiers réservataires ; par rapport à eux, ces biens étaient définitivement sortis du patrimoine du défunt.

Et toutefois, si les héritiers réservataires ont accepté *purement et simplement* la succession, comme ils sont devenus ainsi débiteurs personnels des créanciers héréditaires (*supra* n. 142), il est clair que tout leur patrimoine servira désormais de gage à ces créanciers, sans en excepter les biens reconquis par l'action en réduction (arg. art. 2092). Les créanciers du défunt profiteront donc alors de la réduction obtenue par l'héritier. Bien plus, ils pourraient la demander de son chef par application de l'art. 1166. Quand donc s'appliquera la disposition de notre article, qui refuse aux créanciers héréditaires le droit de demander la réduction et d'en profiter? Elle s'appliquera, lorsque la qualité de créanciers personnels de l'héritier ne viendra pas se joindre pour eux à celle de créanciers du défunt : ce qui arrive lorsque l'héritier a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, et peut-être aussi lorsque, l'héritier ayant accepté purement et simplement, les créanciers héréditaires demandent la séparation des patrimoines.

On dit partout que les créanciers, les donataires et les légataires du défunt, qui ne peuvent pas demander la réduction des dons entre vifs, peuvent au contraire demander la réduction des legs ; et on fait remarquer en ce sens que l'art. 921 ne parle que de la réduction des *dispositions entre vifs*. Mais, si l'idée qu'on exprime ainsi est exacte, la formule nous paraît défectueuse. Il est parfaitement vrai que les créanciers du défunt doivent être payés avant les légataires, d'après la règle *Nemo liberalis nisi liberatus*, et que, si les légataires ont été payés à leur préjudice, ils peuvent agir contre ceux-ci (arg. art. 809). Mais est-ce là exercer une action en réduction contre les légataires? Autant vaudrait dire qu'un créancier privilégié exerce une action en réduction contre les créanciers chirographaires, quand il

demande à être payé par préférence à eux. De même, il est parfaitement vrai qu'un donataire, qui n'aurait pas encore été payé au décès du donateur, pourrait demander à être payé par préférence aux légataires, et même agir en restitution contre ceux-ci s'ils avaient été payés à son préjudice. Mais encore une fois est-ce là exercer l'*action en réduction ?* La preuve que non, c'est qu'il en serait exactement de même dans une succession où tous les biens seraient disponibles, le défunt n'ayant laissé aucun héritier réservataire.

434. En résumé, la réduction soit des dons entre vifs, soit des legs peut être demandée par les héritiers à réserve ou par leurs ayant cause. Les donataires, les légataires et les créanciers *du défunt* ne peuvent pas la demander, ni même en profiter quand elle a été effectuée sur la demande des héritiers réservataires.

II. *Du calcul de la quotité disponible.*

435. Pour savoir s'il y a lieu à la réduction des libéralités faites par le défunt, il ne suffit pas de connaître le montant de ces libéralités et la fraction du patrimoine qui représente la quotité disponible; il faut de plus savoir à quel chiffre s'élève cette fraction du patrimoine. Ainsi le défunt a donné 50,000 fr. à un ami; il laisse un fils, et la quotité disponible se trouve par suite être de la moitié (art. 913). La donation excède-t-elle la quotité disponible? Pour répondre à la question, il faut évidemment savoir quelle est la valeur pécuniaire du patrimoine laissé par le défunt, et par suite de la moitié de ce patrimoine qui représente la quotité disponible. Tel est l'objet du calcul de la quotité disponible. L'art. 922 en indique les éléments : « *La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer* ».

Il résulte de là que, pour calculer le chiffre auquel s'élève la quotité disponible, et juger par suite s'il y a lieu de réduire les libéralités faites par le défunt, il faut reconstituer le patrimoine de celui-ci, tel qu'il se serait trouvé au jour de son décès en l'absence de toute disposition à titre gratuit. Pour cela, trois opérations sont nécessaires : 1° on fait la masse des biens laissés par le défunt, et on les estime d'après leur valeur au jour de l'ouverture de la succession ; 2° on y réunit fictivement les biens donnés entre vifs par le défunt, estimés d'après leur valeur au jour de l'ouverture de la succession et en faisant abstraction des améliorations ou des détériorations qui proviennent du chef du donataire; 3° on déduit les dettes du défunt. C'est sur ce qui reste après cette déduction qu'on calcule la quotité disponible, d'après les bases indiquées par les art. 913 et ss. Ainsi le défunt laisse à son décès

des biens ayant une valeur de 40,000 fr. ; il a fait des donations entre vifs dont le montant total s'élève à 80,000 fr. ; enfin il laisse 20,000 fr. de dettes. A la masse des biens existants au décès, 40,000 fr., nous ajoutons fictivement la valeur des biens donnés, 80,000 fr. ; nous obtenons ainsi un total de 120,000 fr., duquel nous déduisons les dettes, égales à 20,000 fr. Il reste 100,000 fr., sur lesquels on calculera la quotité disponible. Elle sera donc de 50,000 fr., si le défunt laisse un fils, et par suite les donations devront être réduites de 30,000 fr.

Il faut examiner en détail chacune des trois opérations dont il vient d'être parlé.

436. 1° *Formation de la masse des biens* EXTANTS. On désigne sous ce nom les biens existants à l'époque du décès du disposant. Doivent être compris dans cette masse tous les biens du défunt, de quelque nature qu'ils soient, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.

Les créances du défunt donnent lieu ici à quelques observations particulières. On ne doit tenir aucun compte des créances *véreuses,* c'est-à-dire de celles dont le débiteur est complètement insolvable. Quant aux créances simplement douteuses, le seul moyen d'arriver à un règlement définitif consiste à les évaluer à forfait par une estimation faite d'un commun accord avec les intéressés, réservataires d'une part, donataires et légataires d'autre part.

* Les créances du défunt contre l'héritier réservataire doivent être comprises dans la masse des biens extants, et cela alors même que l'héritier aurait accepté la succession purement et simplement. On objecte que la créance est éteinte par confusion (art. 1300), et que par suite on ne doit pas en tenir compte, pas plus que d'une créance éteinte par le paiement ou par la novation ou par toute autre cause légale d'extinction des obligations. La réponse est que la confusion apporte un obstacle matériel à l'exécution d'une obligation, plutôt qu'elle n'éteint cette obligation. *Confusio magis eximit personam ab obligatione quam ipsam extinguit obligationem.* La créance est donc réputée existante, en tant qu'on ne se heurte pas à l'obstacle matériel qui donne lieu à la confusion. Il y a même ceci de particulier que la créance du défunt contre l'héritier réservataire devrait être comprise dans la masse des biens extants pour sa valeur nominale, alors même qu'il serait complètement insolvable ; car, ainsi que le dit la loi romaine, au sujet d'une hypothèse voisine de celle qui nous occupe : *quod ad se attinet, dives est.*

Les biens légués par le défunt doivent aussi être compris dans la masse des biens extants. Ils figurent encore dans son patrimoine au moment où il rend le dernier soupir.

Mais il n'y faudrait pas comprendre les droits viagers dont le défunt était titulaire et qui se sont éteints avec lui, par exemple un droit d'usufruit ou de rente viagère constitué sur sa tête. Il en serait autrement, si le droit d'usufruit ou de rente viagère appartenant au défunt était constitué sur la tête d'un tiers encore vivant au jour de l'ouverture de la succession ; car alors ce droit survivrait au défunt, et se retrouverait dans sa succession.

Les biens extants doivent être estimés d'après leur état et leur valeur, au temps du décès du disposant ; c'est en effet à cette époque que se fixe le droit des réservataires, qui est un droit de succession. Il ne

faut donc tenir aucun compte des augmentations ou des diminutions de valeur, que les biens extants ont pu subir depuis le décès par quelque cause que ce soit. Les experts, chargés de faire l'estimation, doivent se reporter par la pensée à l'époque du décès et estimer les biens d'après la valeur qu'ils avaient alors.

437. 2° *Réunion fictive, à la masse des biens extants, des biens donnés entre vifs par le défunt.* Cette réunion n'est que *fictive,* parce qu'elle n'est faite qu'en vue du calcul du disponible, et par conséquent sur le papier seulement.

Doivent être compris dans cette réunion fictive tous les biens dont le défunt a disposé par donation entre vifs, et cela : — quelle que soit la nature de ces biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels; — quelle que soit l'importance de la donation, fût-elle modique, et sauf à excepter les libéralités qui ne sont pas des donations proprement dites, telles que les aumônes et peut-être aussi les présents d'usage; — quelle que soit la forme de la donation, fût-elle manuelle, indirecte ou déguisée; — quelle que soit sa nature ou son caractère, fût-elle mutuelle ou faite en faveur du mariage ou pour cause pie; — quelle que soit l'époque à laquelle la donation a été consentie, fût-ce avant la naissance du réservataire, ou avant son adoption s'il s'agit d'un enfant adoptif; — enfin quelle que soit la personne du donataire, eût-elle été faite à un héritier réservataire, avec ou sans dispense du rapport. Et la réunion à la masse, des biens donnés aux réservataires, peut être réclamée même par les donataires ou par les légataires, sans qu'on puisse leur objecter qu'ils n'ont pas le droit de demander le rapport aux termes de l'art. 857; car ce n'est pas un rapport qu'ils demandent, mais seulement une réunion fictive à la masse, en vue du calcul de la quotité disponible, conformément à l'art. 922.

D'après quelle base faut-il estimer les biens donnés? L'art. 922 répond : « d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au » temps du décès du donateur ». — *D'après leur état à l'époque des donations,* c'est-à-dire qu'il faut faire abstraction des améliorations et des détériorations provenant du fait du donataire. — *D'après leur valeur au temps du décès du donateur;* car c'est à cette époque, comme nous l'avons déjà noté, que se fixe le droit des réservataires. Ainsi la loi veut que l'on estime les biens donnés au prix qu'ils vaudraient lors du décès du disposant, s'ils n'étaient jamais sortis de son patrimoine. Tel est certainement le sens de la formule que nous venons de transcrire, formule un peu obscure et même à bien prendre inexacte; car, si on l'appliquait à la lettre, on serait conduit à decider qu'il ne faut pas tenir compte, dans l'estimation des biens donnés, des augmentations ou des diminutions de valeur *résultant d'une cause accidentelle,* par exemple de l'augmentation résultant d'une alluvion (art 556) ou de la diminution résultant d'une *avulsio* (art. 559) : ce qui serait certainement inexact.

La loi ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que les règles qui viennent d'être exposées devraient être appliquées à l'estimation des meubles donnés par le défunt, comme à celle des immeubles. Les meubles devront donc être estimés d'après

leur état au temps de la donation et leur valeur au moment du décès. Il y a sur ce point une différence entre la réduction et le rapport (v. art. 868). Peut-être cependant y aurait-il lieu d'estimer les meubles donnés, d'après leur valeur *au temps de la donation,* lorsque ce sont des meubles *consomptibles,* ou des meubles destinés à être vendus. La raison en est que, si le défunt n'avait pas donné ces meubles, il les aurait vendus ou consommés, et on aurait retrouvé dans son patrimoine lors de son décès le prix de vente ou une somme égale à la valeur qu'avaient les denrées lors de leur consommation.

Quant aux biens aliénés à titre onéreux par le défunt, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper pour le calcul de la quotité disponible. Ils ont été remplacés dans le patrimoine du défunt par une valeur, que l'on suppose équivalente et que l'on retrouve au décès de l'aliénateur : l'aliénation à titre onéreux dénature le patrimoine et le transforme, mais elle n'est pas censée l'amoindrir.

438. 3° *Déduction des dettes.* Après avoir calculé la valeur des biens extants et y avoir fictivement réuni la valeur des biens donnés, le tout suivant les règles qui viennent d'être exposées, on doit, d'après l'art. 922, déduire les dettes du résultat de l'opération.

Il n'y a aucun inconvénient à placer la déduction des dettes en dernier lieu, comme le fait l'art. 922, lorsque l'actif laissé par le défunt est supérieur à son passif. Mais on est d'accord pour admettre que ce mode de procéder ne peut plus être suivi, quand le passif est supérieur à l'actif. Ainsi le défunt, qui laisse un fils, a donné entre vifs 100,000 fr.; on trouve dans son patrimoine, au moment de son décès, 100,000 fr. de biens et 200,000 fr. de dettes. Si on procédait suivant le mode indiqué en l'art. 922, on dirait : « Aux 100.000 fr. de biens extants, il faut ajouter fictivement les 100,000 fr. de biens donnés, ce qui fait 200,000 fr., puis déduire les dettes qui s'élèvent à 200.000 fr. Il reste 0 ; par conséquent la quotité disponible est égale à 0 ». Le donataire devrait donc restituer les 100,000 fr. qu'il a reçus. Or ce résultat est inadmissible. En effet, les 100,000 fr. qui reviendraient ainsi dans la succession par suite de la réduction ne pouvant pas, d'après l'art. 921, servir de gage aux créanciers héréditaires (en supposant que l'héritier réservataire ait accepté sous bénéfice d'inventaire, ce qu'il ne manquera pas de faire dans l'espèce), il en résulterait que l'héritier réservataire aurait le droit de les conserver pour lui. Nous aurions donc une réserve égale à 100.000 fr. et une quotité disponible égale à 0, dans un cas où la quotité disponible doit être égale à la réserve (art. 913). D'autre part, en procédant comme il vient d'être dit, on déduit les dettes du défunt sur des biens qui n'en sont pas grevés, savoir les biens donnés, qui étaient définitivement sortis du patrimoine du défunt pour ses créanciers comme pour lui, et qui par suite échappent à leur droit de gage : ce qui n'est pas admissible, les dettes ne devant rationnellement être déduites que sur les biens qui peuvent servir à les payer.

Comment devra-t-on donc procéder? C'est fort simple : au lieu de déduire les dettes après avoir réuni fictivement les biens donnés aux biens extants, il faut opérer cette déduction auparavant, et par conséquent sur les biens extants seulement qui seuls forment le gage des créanciers du défunt. Ainsi, dans l'espèce proposée, de la valeur des biens extants, 100,000 fr., on déduira les dettes, 200.000 fr. En algèbre cela donnerait une quantité négative, — 100,000 fr. En droit cela donne 0 : résultat qui signifie que les dettes héréditaires absorbent tous les biens extants et qu'il n'en restera rien. Par suite la quotité disponible se calculera uniquement sur les biens donnés ; elle sera donc de 50,000 fr., et le donataire devra restituer la moitié de ce

qu'il a reçu. Ce résultat est très conforme à la justice. Dans l'espèce, le défunt n'a rien laissé, puisqu'il est mort insolvable ; la quotité disponible doit donc se calculer uniquement sur les biens donnés. — Reste une objection. Cette manière de procéder ne viole-t-elle pas l'art. 922, qui place la déduction des dettes en dernier lieu? On peut répondre qu'ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*. D'ailleurs cette solution est confirmée par les travaux préparatoires. Enfin elle était admise par Pothier, guide ordinaire des rédacteurs du code.

III. *Dans quel ordre doit s'opérer la réduction des dispositions à titre gratuit.*

439. Le grand principe qui domine toute la matière est celui-ci : *Les libéralités doivent être réduites par ordre de dates, en commençant par la plus récente.* En effet toute donation, dont le montant, réuni à celui des autres donations qui précèdent, n'excède pas la quotité disponible, est faite dans les limites du droit que la loi reconnaît au disposant, puisqu'elle n'entame pas la réserve de ses héritiers, et doit par suite être maintenue. Les seules donations, qui portent atteinte à la réserve, et qui par suite peuvent être attaquées par les réservataires, sont celles qui ont été faites à partir du moment où la limite légale a été atteinte ou dépassée. Ainsi la quotité disponible, calculée d'après les bases indiquées en l'art. 922, se trouve être de 20,000 fr.; le défunt a fait une première donation de 10,000 fr. en 1880, puis une autre de 5,000 fr. en 1885 ; jusque-là il est resté dans les limites de son droit. En 1888 il a donné 10,000 fr. Cette dernière donation entame la réserve, et devra être réduite sur la demande des héritiers réservataires.

Cela posé, toutes les dispositions testamentaires ayant nécessairement pour date le décès du disposant, puisque le testament n'est qu'un projet jusqu'à cette époque (*supra* n. 358), il s'ensuit que ces dispositions sont les dernières dans l'ordre des dates et doivent par conséquent être réduites les premières. C'est ce que dit l'art. 923, 1re partie : « *Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre-vifs, qu'après* » *avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions* » *testamentaires* ». Et l'art. 925 ne fait que tirer une conséquence de ce principe, quand il dit : « *Lorsque la valeur des donations entre-vifs* » *excèdera ou égalera la quotité disponible, toutes les dispositions testa-* » *mentaires seront caduques* ». Dans ce cas, les dispositions testamentaires ne sont pas seulement réductibles ; elles sont non avenues, *caduques,* dit énergiquement notre article. Pour qu'il y ait lieu à la réduction proprement dite des dispositions testamentaires, il faut supposer que les donations entre vifs n'épuisent pas la quotité disponible, mais que la portion de cette quotité qu'elles laissent libre est excédée par les dispositions testamentaires.

440. En pareil cas, d'après quelles règles les legs devront-ils être réduits ? L'art. 926 répond : « *Lorsque les dispositions testamentaires* » *excèderont, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité*

» *qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre-vifs, la* » *réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les* » *legs universels et les legs particuliers* ». Ainsi tous les legs devront être réduits au *marc le franc,* c'est-à-dire proportionnellement. L'ordre des dates ne pouvait pas servir ici à déterminer la préférence entre les divers légataires; car toutes les dispositions testamentaires, alors même qu'elles sont contenues dans des testaments faits à diverses époques, sont considérées comme ayant une date unique, celle du décès du testateur.

La réduction proportionnelle doit être opérée, dit notre article, sans distinction entre les legs universels et les legs à titre particulier. Le législateur s'est écarté sur ce point des traditions de notre ancien droit coutumier, qui faisait porter la réduction d'abord et jusqu'à épuisement sur les légataires universels. Il a pensé sans doute que la réduction proportionnelle entre tous les légataires sans distinction était plus conforme aux intentions probables du défunt. Son silence ne permet pas de savoir s'il entendait que tel legs fût exécuté de préférence à tel autre; le mieux n'est-il pas alors de maintenir entre tous ses légataires l'égalité proportionnelle qu'il a lui-même établie, c'est-à-dire de les réduire tous sans distinction, proportionnellement au montant de leur legs, *au marc le franc,* comme dit notre article, *au sol la livre,* comme auraient dit nos anciens?

La règle de la réduction proportionnelle de tous les legs est établie par l'art. 926 *in fine* dans des termes tellement absolus, qu'elle doit être appliquée même aux legs de corps certains; et d'ailleurs *eadem est ratio.* On objecte que le légataire d'un corps certain en devient propriétaire dès l'instant du décès du testateur (art. 711 et 1014), qu'il doit par suite avoir le droit de revendiquer ce qui lui a été légué, sans se préoccuper de savoir si les légataires de quotité obtiendront, eux aussi, l'exécution intégrale de leurs legs. Il faut répondre que, par suite des dispositions combinées des art. 711 et 926, le légataire d'un corps certain n'en devient propriétaire que pour partie, pour la partie que l'application des règles de la réduction proportionnelle l'autorise à conserver. Le surplus appartient aux héritiers réservataires qui se trouvent ainsi dans l'indivision avec le légataire, et il y a lieu par suite entre eux à un partage ou à une licitation.

* Bien que l'art. 926 ne statue qu'en vue du cas où la réduction des legs est rendue nécessaire par suite de l'atteinte qu'ils portent à la réserve des héritiers, sa disposition paraît devoir être appliquée par analogie, et aussi par identité de motifs au cas où la réduction devient nécessaire par suite de l'insuffisance de l'actif héréditaire. Il est donc difficile d'approuver un certain nombre de décisions judiciaires qui ont autorisé en pareil cas les légataires de corps certains à obtenir l'exécution intégrale de leurs legs, faisant ainsi retomber sur les légataires de quotité tout le poids de la réduction à laquelle donnait lieu l'insuffisance de l'actif héréditaire.

441. Bien que l'opération matérielle de la réduction proportionnelle soit principalement une question d'arithmétique, il ne sera pas inutile d'indiquer comment elle doit être effectuée. Voici la règle à suivre. On doit : 1° rechercher ce que chaque légataire aurait obtenu, si tout le patrimoine du défunt avait été disponible, c'est-à-

dire si le défunt n'avait pas laissé d'héritier réservataire ; 2° voir quelle est la somme qui manque aux réservataires pour parfaire leur réserve ; 3° enfin prélever cette somme proportionnellement sur le montant de chaque legs.

Donnons quelques applications : — *a*. Le défunt laisse un fils et un patrimoine de 100,000 fr., dettes déduites ; il a légué 45,000 fr. à Paul et 30,000 fr. à Pierre, total 75,000 fr. En supposant tout le patrimoine du défunt disponible, chaque légataire obtiendrait le montant intégral de son legs, et il resterait 25,000 fr. pour les héritiers légitimes. Le fils, héritier réservataire, n'est pas obligé, lui, de se contenter de cette somme, qui est inférieure de 25,000 fr. à sa réserve. Eh bien ! il prélèvera ces 25,000 fr. proportionnellement sur le montant de chaque legs. Les legs s'élevant dans leur ensemble à 75,000 fr., et la somme à prélever sur leur montant total étant de 25,000 fr., c'est-à-dire du tiers de 75,000 fr., chaque legs sera réduit d'un tiers, et nous aurons finalement : 50,000 fr. pour l'héritier réservataire, 30,000 fr. pour Paul et 20,000 fr. pour Pierre. — *b*. Le défunt laisse un fils et un patrimoine de 100,000 fr., dettes déduites ; par son testament il a institué Paul légataire universel, et légué 20,000 fr. à Pierre. S'il n'y avait pas d'héritier réservataire, Paul, légataire universel, paierait à Pierre les 20,000 fr. qui lui ont été légués, et garderait le reste pour lui, soit 80,000 fr. Eh bien ! la réserve du fils, qui est de 50,000 fr., sera prélevée proportionnellement sur chacun des deux legs dont l'ensemble s'élève à 100,000 fr., c'est-à-dire que chaque legs sera réduit de moitié. Finalement Paul aura donc 40,000 fr., Pierre 10,000 fr., et l'héritier réservataire 50,000 fr.

442. La règle de la réduction proportionnelle étant fondée sur l'intention présumée du défunt, il allait de soi qu'elle ne devait plus s'appliquer lorsque le défunt a manifesté une volonté contraire. Aussi l'art. 927 dispose-t-il : « *Néanmoins, dans tous les cas où le testateur » aura expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de » préférence aux autres, cette préférence aura lieu ; et le legs qui en » sera l'objet, ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne rem- » plirait pas la réserve légale* ».

Ce texte exige une déclaration *expresse* de volonté ; il n'y aurait donc pas lieu de tenir compte de la volonté que le testateur n'aurait manifestée que tacitement. On a redouté vraisemblablement les difficultés et l'incertitude de la preuve d'une pareille intention ; en proscrivant cette preuve d'une manière absolue, la loi a voulu tarir une source féconde de procès. D'après cela, on ne saurait admettre avec quelques auteurs que certains legs, tels que les legs d'aliments ou ceux faits à titre de restitution, devraient, à raison de leur seule nature, être acquittés de préférence aux autres.

En ce qui concerne les legs faits à titre de restitution, il faut supposer, bien entendu, que le légataire n'a pas d'autre titre que le testament pour demander la restitution ; autrement il serait créancier de la succession, peut-être même propriétaire, et devrait être payé avant les légataires ; mais alors il agirait comme créancier ou comme propriétaire, non comme légataire.

443. Après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires, on réduit les donations entre vifs, si cela est nécessaire, pour parfaire la réserve des héritiers. Cette réduction

s'opère en suivant un ordre inverse de celui des dates; c'est ce que dit l'art. 923, 2e partie : «... *et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se » fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en » remontant des dernières aux plus anciennes* ». On devra donc annihiler complètement la donation la plus récente avant d'attaquer celle qui précède, et ainsi de suite. Cette solution était seule compatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations; toute autre aurait permis au disposant de révoquer en tout ou en partie par de nouvelles donations celles faites antérieurement. Et, comme le principe de l'irrévocabilité des donations est d'ordre public, et qu'en conséquence il n'est pas permis d'y déroger (art. 6), on doit en conclure que la réduction des donations s'opèrerait dans l'ordre qui vient d'être indiqué, malgré l'expression la plus formelle d'une volonté contraire du donateur.

* **444.** Le donataire, atteint par la réduction, est insolvable; nous supposons d'autre part que l'héritier réservataire n'a pas la ressource d'exercer son action en réduction contre un tiers détenteur des biens donnés (v. art. 930) : ce qui arrivera toutes les fois qu'il s'agira d'une donation de somme d'argent, et dans d'autres cas encore. L'héritier réservataire peut-il alors demander à un donataire antérieur ce qu'il ne peut obtenir du donataire insolvable, ou bien ce recours doit-il lui être refusé? En d'autres termes, l'insolvabilité du donataire, que la réduction devait atteindre, retombe-t-elle sur les donataires antérieurs ou bien sur l'héritier réservataire? La question est vivement controversée. Pothier a écrit à ce sujet : « Ce » donataire ayant dissipé les biens, c'est par rapport à la légitime la même chose » que si le défunt qui les lui a donnés les eût dissipés lui même ». De là il résulterait que la donation dont il s'agit devrait être considérée comme non avenue. Par conséquent il n'en faudrait pas tenir compte pour le calcul de la réserve, ce qui diminuera le montant de cette dernière. Mais d'autre part le réservataire pourrait, afin d'obtenir la réserve ainsi calculée, agir en réduction contre les donataires antérieurs, toujours en suivant l'ordre des dates. Cela revient à dire que l'insolvabilité du donataire que la réduction devait atteindre, doit être répartie proportionnellement entre les donataires antérieurs et l'héritier réservataire. Bien que cette solution si équitable soit susceptible de graves objections, elle est peut-être encore la meilleure dans notre droit actuel. Mettre l'insolvabilité du donataire que la réduction devait atteindre à la charge des donataires antérieurs exclusivement, comme le veulent plusieurs auteurs, c'est fournir au disposant un moyen de révoquer des donations par lui faites dans les limites de son disponible; il lui suffira pour cela de faire une donation de somme d'argent à un nouveau donataire insolvable. Et la solution opposée, qui met cette insolvabilité à la charge exclusive de l'héritier réservataire, permet au disposant de détruire par le même moyen la réserve de ses héritiers. En définitive, la créance contre le donataire insolvable est une non-valeur, et on n'en doit pas plus tenir compte pour le calcul de la quotité disponible qu'on ne tiendrait compte de la créance qui appartiendrait au défunt contre un débiteur insolvable. Il est entendu au surplus qu'il s'agit seulement de l'insolvabilité existant à l'époque de l'ouverture de la succession; celle qui surviendrait ensuite nuirait certainement à l'héritier réservataire.

IV. *Des effets de la réduction.*

445. Nous les connaissons en partie.

a. En ce qui concerne les *legs,* la réduction les rend caducs pour le tout dans le cas de l'art. 925, et pour partie seulement dans celui de l'art. 926.

b. En ce qui regarde les *donations entre vifs,* le droit du donataire atteint par la réduction est résolu pour le tout ou pour partie, suivant que le montant de la donation est inférieur ou supérieur à ce qui manque à l'héritier pour parfaire sa réserve. En effet toute donation est consentie sous cette condition implicite, qu'elle sera résolue, si, lors du décès du donateur, elle se trouve dépasser la quotité disponible. Et cette condition, une fois accomplie, rétroagit au jour de la donation (art. 1179) : de sorte que le titre du donataire atteint par la réduction est résolu dans le passé comme dans l'avenir; le droit, que la donation a fait naître à son profit, est censé n'avoir jamais existé.

Tel est le principe. Etudions maintenant les applications qu'il comporte et les limitations dont il est susceptible.

446. 1° Le réservataire a le droit d'exercer la réduction *en nature,* c'est-à-dire qu'il peut exiger du donataire la restitution de tout ou partie de la chose même qu'il a reçue, sans que le donataire puisse obliger le réservataire à accepter à la place une somme d'argent.

Cette règle s'applique en principe aux meubles comme aux immeubles. Elle souffre cependant exception : 1° au cas où la donation a pour objet des choses *quæ ipso usu consumuntur,* telles que de l'argent, des denrées; 2° dans l'hypothèse prévue par l'art. 924 qui sera expliqué plus loin; 3° dans celle prévue par l'art. 930 (*infra* n. 448).

447. 2° L'art. 929 contient une deuxième application de notre règle. « *Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront sans* » *charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire* ». La résolution du droit du donataire d'un immeuble devait nécessairement entraîner par voie de conséquence la résolution *de toutes les charges réelles* établies de son chef sur cet immeuble (art. 2125). Nous disons *de toutes les charges réelles :* donc non seulement des hypothèques, mais aussi des servitudes, droits d'usufruit, etc. C'est probablement à ces diverses charges que notre article fait allusion par le mot *dettes* placé à côté du mot *hypothèques.* L'expression *charges* eût été plus précise; on n'a pas voulu l'employer, sans doute pour éviter de dire : *sans charge de charges.*

* L'art. 929 reçoit son application, même dans le cas où la donation réductible a été déguisée sous le masque d'un contrat à titre onéreux, tel qu'une vente par exemple, *lex non distinguit.* La bonne foi du créancier hypothécaire ne le sauverait même pas de la résolution, non plus que l'acceptation pure et simple de la succession par l'héritier. Bordeaux, 29 décembre 1887, Sir., 88. 2. 41, et la note.

448. 3° Ce que nous venons de dire des constitutions de droits réels est également vrai des aliénations consenties par le donataire : elles sont résolues, conformément à la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis;* par suite les héritiers réservataires peuvent revendiquer le bien aliéné par le donataire, contre l'acquéreur ou ses ayant cause. Le législateur n'a toutefois admis cette conséquence qu'en tempérant sa rigueur par une importante limitation : l'héritier réservataire ne peut agir contre les tiers détenteurs qu'en cas d'insolvabilité constatée du donataire, de sorte que, si le donataire est solvable, le réservataire devra se contenter d'une somme d'argent représentative de la valeur du bien ou de la portion de ce bien nécessaire pour compléter sa réserve. C'est ce qui résulte de l'art. 930, ainsi conçu : « *L'action en réduction ou revendication pourra être exercée par les* » *héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des* » *donations et aliénés par les donataires, de la même manière et dans le* » *même ordre que contre les donataires eux-mêmes,* ET DISCUSSION PRÉA- » LABLEMENT FAITE DE LEURS BIENS. *Cette action devra être exercée suivant* » *l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente* ». Quel est le motif de ce tempérament? Il y a ici deux intérêts en présence : celui du réservataire, qui réclame sa réserve en nature, et celui du tiers détenteur qui demande à conserver le bien qu'il a légitimement acquis. On ne peut disconvenir que l'héritier réservataire n'a qu'un intérêt secondaire à obtenir sa réserve en nature plutôt qu'en argent : l'important pour lui, c'est d'en être rempli; le tiers détenteur au contraire a un intérêt capital à ne pas être évincé. Si l'on ajoute à cela que, d'une part, il importe aussi au donataire que l'éviction n'ait pas lieu, à cause du recours en garantie qu'elle peut engendrer contre lui, et que, d'autre part, l'intérêt général, qui exige la libre circulation des immeubles, est aussi en jeu dans la question, on comprendra facilement que la loi ait apporté quelque adoucissement à la rigueur de la solution que dictaient les principes.

L'insolvabilité du donataire étant une condition nécessaire de la recevabilité de l'action en revendication contre les tiers détenteurs, l'héritier qui intente cette action doit, d'après les principes généraux, établir cette insolvabilité. Il l'établira en *discutant* les biens du donataire. La discussion se fera suivant les règles du droit commun, sans qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions restrictives de l'art. 2023, spéciales au bénéfice de discussion qui appartient à la caution.

Le tiers détenteur, poursuivi par l'action en revendication, pourrait y échapper en payant à l'héritier réservataire la somme, que celui-ci a inutilement demandée au donataire dont il a discuté les biens. Comprendrait-on que le tiers détenteur, qui peut forcer l'héritier à se contenter d'une somme d'argent payée par le donataire, ne pût pas offrir lui-même cette somme à l'héritier et le contraindre à l'accepter?

Est-il besoin de dire que le tiers détenteur, évincé par l'héritier réservataire, aura, s'il est acquéreur à titre onéreux, un recours en garantie contre le donataire dont il tient ses droits, recours qui pourra devenir utile, si le donataire revient à meilleure fortune?

Même restreinte dans les limites qui viennent d'être indiquées, la disposition de la loi, qui accorde à l'héritier réservataire un recours contre les tiers détenteurs, n'est-elle pas d'une rigueur qui touche à l'injustice? Non; car les tiers acquéreurs ont pu prévoir ce recours : en consultant le titre de l'aliénateur, ils auraient vu que celui-ci était donataire, que par suite son droit était résoluble, pour le cas où la donation se trouverait porter atteinte à la réserve des héritiers du donateur, et qu'en conséquence il ne pouvait transmettre que des droits affectés de la même chance de résolution.

449. L'art. 930 ne parle que des immeubles; en faut-il conclure que sa disposition est inapplicable aux meubles, et que par suite les meubles, faisant l'objet d'une donation qui excède la quotité disponible, ne pourront jamais être revendiqués contre les tiers détenteurs, en cas d'insolvabilité du donataire? Dans la plupart des cas, les tiers acquéreurs des meubles donnés ne pourront pas être inquiétés, parce qu'ils seront protégés par la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279), qui s'oppose en principe à la revendication des meubles. Mais il y a des hypothèses où cette maxime n'est pas applicable : d'abord elle ne s'applique pas aux meubles incorporels; d'autre part, son application aux meubles corporels suppose la bonne foi chez le possesseur et peut-être un juste titre. Eh bien! dans les divers cas où l'acquéreur des meubles donnés ne sera pas protégé par notre maxime, pourra-t-il être inquiété par l'héritier réservataire, si le donataire est insolvable? Nous adoptons l'affirmative. En effet ici, comme dans le cas où la donation porte sur un immeuble, le donataire n'a acquis qu'un droit résoluble; comment donc aurait-il pu transmettre un droit incommutable? On objecte que l'art. 930 ne parle que des immeubles. Il faut répondre qu'ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit :* le cas où la revendication d'un meuble sera possible contre un tiers acquéreur étant infiniment rare, le législateur ne s'en est pas préoccupé. Et quant à l'objection qui consiste à dire que « le donateur peut être censé en donnant les meubles avoir conféré au donataire le pouvoir de les vendre irrévocablement », elle perd toute sa force, si l'on considère que le donateur, qui n'aurait pas pu, s'agissant d'une donation qui excède le disponible, rendre le donataire propriétaire irrévocable, en eût-il exprimé la volonté de la manière la plus formelle, n'a pas pu davantage conférer au donataire le droit d'aliéner irrévocablement.

450. Bien évidemment, l'action en réduction ou revendication ne peut être dirigée contre les acquéreurs d'un donataire qu'autant que ce donataire est lui-même suje à la réduction. Tel est le sens de ces expressions de l'art. 930 : *de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes.* Si un même donataire, sujet à réduction *pour partie,* a fait successivement plusieurs aliénations partielles, le réservataire devra attaquer d'abord l'aliénation la plus récente, puis celle qui précède immédiatement, et ainsi de suite (art. 930 *in fine*). En effet toute aliénation, qui laisse aux mains du donataire une partie du bien donné suffisante pour parfaire la réserve, n'excède pas le droit du donataire, qui est devenu irrévocablement propriétaire de la portion du bien donné ne dépassant pas les limites

de la quotité disponible, et a pu transmettre sur cette portion des droits irrévocables.

451. La disposition de l'art. 930 est applicable aux sous-acquéreurs, qui ne sont que des acquéreurs en sous-ordre, des acquéreurs de seconde main. Les sous-acquéreurs ne peuvent donc être attaqués que dans l'ordre où pourraient l'être les acquéreurs dont ils tiennent leurs droits.

452. La loi n'a pas parlé des améliorations ou des détériorations résultant du fait du donataire ou du tiers détenteur. Ces améliorations ou ces détériorations donneraient lieu à une indemnité soit au profit du donataire, soit à sa charge. On pourrait appliquer par analogie, pour le calcul de cette indemnité, les règles écrites dans les art. 861 à 864, qui paraissent être l'expression du droit commun en cette matière.

453. 4° L'application rigoureuse de notre principe aurait dû conduire à décider que le donataire est tenu de restituer, avec la chose donnée, tous les fruits qu'il en a retirés. Le législateur n'a pas admis cette conséquence. En effet l'art. 928 dispose que : « *Le donataire restituera les » fruits de ce qui excédera la portion disponible, à compter du jour du » décès du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année; » sinon, du jour de la demande* ». Ainsi le donataire pourra conserver dans tous les cas les fruits qu'il a perçus naturellement ou civilement avant l'ouverture de la succession : ce qui s'explique, soit par cette considération qu'en général la résolution ne s'applique pas aux jouissances du temps passé, soit parce que, dans ses rapports avec le donateur, le donataire était propriétaire incommutable, soit enfin et surtout parce que, si la donation n'avait pas été faite, le donateur aurait probablement consommé les fruits *lautius vivendo*, au fur et à mesure de leur perception, de sorte qu'on ne les aurait pas retrouvés dans sa succession. Quant aux fruits perçus postérieurement au décès, la loi distingue : le donataire doit les restituer *intégralement*, si la demande en réduction a été faite *dans l'année du décès ;* dans le cas contraire il ne les doit que *du jour de la demande*. Le donataire, qui voit s'écouler une année à partir du décès sans que l'action en réduction soit intentée contre lui, est autorisé à croire que la donation dont il a été l'objet n'excède pas la quotité disponible, ou, si elle l'excède, que les héritiers réservataires ont renoncé au droit d'en demander la réduction; dans cette persuasion il aura probablement consommé les fruits : voilà pourquoi la loi le dispense de les restituer. Que les héritiers réservataires ne se plaignent pas, ils subissent la peine de leur négligence. Voyez dans l'art. 1005 une disposition analogue.

L'art. 928 ne parle que des *fruits* des choses sujettes à réduction, à la différence de l'art. 856 qui parle des fruits *et intérêts* des choses sujettes à rapport. Et de là quelques auteurs ont conclu qu'il ne faut pas, en matière de réduction, appliquer aux intérêts ce que la loi dit des fruits ; que par suite les intérêts ne sont jamais dus qu'à compter de la demande en justice, conformément à l'art. 1153. Nous préférons

la solution contraire. La loi parle des fruits en général; elle ne distingue pas entre les fruits naturels et les fruits civils; or les intérêts sont des fruits civils (art. 584). Et d'ailleurs *eadem est ratio.*

V. *Nature de l'action en réduction.*

454. L'action en réduction est personnelle. Quelle est en effet la prétention du demandeur en réduction? Il soutient que la donation, excédant la quotité disponible, doit être résolue pour le tout ou pour partie; que dès lors le bien donné doit rentrer en tout ou en partie dans la succession. C'est donc une action *en résolution* qu'il intente; or les actions en résolution sont personnelles.

Par suite de la résolution qui l'atteint, le donataire doit être considéré comme n'ayant jamais été propriétaire du bien donné ou de la partie de ce bien qui excède le disponible; l'héritier réservataire peut donc réclamer ce bien ou cette partie du bien au donataire, ou la revendiquer contre les tiers acquéreurs en vertu de la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis,* sauf à discuter préalablement les biens du donataire. L'action qui est exercée contre les tiers détenteurs, se trouve être ainsi une action en revendication; aussi l'art. 930 la qualifie-t-il d'action *en réduction ou revendication.* Bref nous voyons se produire ici ce qui se porduit dans la plupart des actions en résolution, par exemple dans l'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, et il était inutile de dire, comme l'ont fait quelques auteurs en empruntant au droit romain une formule qui n'exprimerait peut-être pas chez nous une idée bien nette, que l'action en réduction est une action *personalis in rem scripta.*

455. L'action en réduction est prescriptible, comme toutes les actions en général. En l'absence de dispositions spéciales, la prescription s'accomplirait par trente ans, conformément aux règles du droit commun. Quant au point de départ du délai, il donne lieu à une difficulté que nous examinerons sous l'art. 2257.

VI. *Différences entre le rapport et la réduction.*

456. 1° Le rapport a été institué pour servir de sanction au principe d'égalité entre les héritiers; la réduction sert de sanction au principe de la réserve.

2° Le donateur peut dispenser le donataire du rapport; il ne peut pas l'affranchir de la réduction.

3° Le rapport peut être demandé par tout héritier; la réduction par les héritiers réservataires seulement.

4° Le donataire peut se soustraire au rapport en renonçant à la succession du donateur (art. 845); il ne peut pas par le même moyen échapper à la réduction.

5° Les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter de l'ouverture de la succession, à quelque époque que le rapport soit demandé (art. 856); au contraire, les fruits des choses sujettes à réduction ne sont dus à compter de l'ouverture de la succession qu'autant que la demande en réduction a été formée dans l'année (art. 928).

Cette différence se justifie par les considérations suivantes : L'héritier soumis au rapport ne peut se faire aucune illusion sur l'obligation qui lui incombe de remettre à la succession les biens que le défunt lui a donnés et leurs fruits depuis l'ouverture de la succession; tandis que le donataire sujet à la réduction est fondé à croire

quand les réservataires ont laissé passer l'année sans agir, soit que sa donation n'est pas réductible, parce qu'elle n'excède pas la quotité disponible, soit, si elle l'excède, que les héritiers entendent respecter la volonté de leur auteur et se contenter de ce qu'il leur a laissé, renonçant ainsi au droit de demander la réduction. D'ailleurs le donataire peut ignorer l'ouverture de la succession. Dans ces conditions, il eût été très dur de l'obliger à restituer des fruits qu'il a probablement consommés.

6° L'aliénation, consentie par un donataire sujet au rapport, est toujours maintenue (art. 860); il en est autrement de l'aliénation consentie par un donataire sujet à la réduction (art. 930).

Cette différence s'explique aisément, si l'on considère que, lorsqu'il s'agit d'une donation rapportable, on peut presque toujours donner satisfaction aux cohéritiers du donataire qui a aliéné, en imposant à celui-ci le rapport en moins prenant. Il n'en est pas de même quand il s'agit d'une donation réductible : si la loi n'avait pas accordé aux réservataires une action subsidiaire contre les tiers détenteurs, leur droit de réserve aurait souvent été compromis par l'insolvabilité du donataire.

* Appendice. — De la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles.

457. Le défunt a fait, au profit de l'un de ses héritiers réservataires, une donation ou un legs qui excède la quotité disponible. Deux questions s'élèvent : — 1° Dans quelle limite l'héritier est-il autorisé à retenir son don ou à réclamer son legs? — 2° Sur quelle partie de la succession le don ou le legs devra-t-il être imputé? sera-ce sur la réserve ou sur la quotité disponible? — Pour résoudre cette double question, il faut distinguer si l'héritier accepte la succession ou s'il la répudie.

A. *L'héritier réservataire accepte la succession.*

458. Il faut sous-distinguer si la donation (entre vifs ou testamentaire) a été faite avec ou sans dispense du rapport.

a. La donation ou le legs a été fait sans dispense du rapport. — Alors le successible est tenu d'en rapporter le montant à la succession (art. 843). D'autre part, la libéralité s'imputera sur la réserve du donataire, c'est-à-dire qu'elle sera considérée comme ayant été faite *à titre d'avance sur cette réserve :* idée contenue dans l'expression *avancement d'hoirie,* dont on se sert pour désigner les libéralités dont il s'agit quand elles sont faites par un acte entre vifs. Si elles devaient s'imputer sur la quotité disponible, un père, en dotant généreusement ses enfants, absorberait tout son disponible, et se mettrait ainsi dans l'impossibilité de donner quelque chose à un étranger. Résultat manifestement inacceptable ! Cpr. Cass., 31 mars 1885, Sir., 85. 1. 302.

b. La donation ou le legs a été fait par préciput et hors part. — Le réservataire venant à la succession pourra retenir son don ou réclamer son legs jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part dans la réserve réunies ; il cumulera son don avec sa réserve. Ainsi le défunt laisse deux enfants ; la masse des biens, formée suivant les prescriptions de l'art. 922, est de 36,000 fr.; par conséquent la quotité disponible est de 12,000 fr., et la réserve de chaque enfant de pareille somme ; *Primus,* l'un des deux enfants, est donataire *par préciput et hors part,* d'une somme de 24,000 fr., dont il a reçu le paiement. Il gardera ces 24,000 fr. et les 12,000 fr. restant seront attribués à son frère pour sa réserve. La libéralité faite à son profit s'exécutera donc pleinement.

Modifions un peu l'espèce précédente : Au lieu d'être don ataire *d'une somme* de 24,000 fr., *Primus* est donataire *d'un immeuble* valant 24,000 fr., toujours par pré-

ciput. Pourra-t-il conserver cet immeuble ? Qu'il ait le droit de le conserver jusqu'à concurrence de la quotité disponible, qui est de 12,000 fr., par conséquent pour la moitié, puisque l'immeuble vaut 24,000 fr., c'est incontestable. Mais a-t-il le droit de garder aussi l'autre moitié de l'immeuble, qui représente une valeur égale à sa part dans la réserve ? ou bien doit-il la remettre dans la masse, sauf à venir au partage de cette masse avec son cohéritier ? L'art. 866 résout la question dans ce dernier sens, au moins pour le cas où l'immeuble est susceptible de division. La loi dit : «... le rapport de l'excédant se fait en nature, si le retranchement de cet » excédant peut s'opérer commodément ». Mais l'art. 924 déroge à cette règle pour le cas où il existe dans la succession d'autres biens de la même nature : « *Si la » donation entre-vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, » sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héri- » tier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature* ». Ainsi, dans notre espèce, *Primus* pourra garder tout l'immeuble, moitié comme donataire de la quotité disponible et moitié comme réservataire, s'il existe dans la succession un autre immeuble, valant 12,000 fr., ou à peu près, dont on formera le lot de *Secundus*.

L'art. 924 se concilie donc d'une manière fort simple avec l'art. 866. Ce dernier texte permet au réservataire, donataire par préciput d'un immeuble, de le garder jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et l'art. 924 lui permet en outre, dans le cas particulier qu'il prévoit, de retenir ce même immeuble jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve. L'héritier, donataire d'un immeuble par préciput, pourra donc le retenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible *cumulée avec sa part de réserve*, s'il y a dans la succession des biens de même nature. L'art. 924 est venu compléter ainsi l'art. 866, et ces deux textes se trouvent en harmonie parfaite avec l'art. 859. La question n'est donc pas insoluble, comme l'a dit Levasseur.

Les partisans de la théorie du cumul, qui sera examinée bientôt, ont proposé une autre conciliation. L'art. 866 serait écrit en vue de l'héritier acceptant, et l'art. 924 en vue de l'héritier renonçant ; ce dernier texte autoriserait l'héritier renonçant, même quand il n'est pas donataire par préciput, à conserver le don qui lui a été fait, jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part de réserve cumulées, au moins quand il y a dans la succession d'autres biens de la même nature. — Mais, outre que rien n'annonce dans les termes de l'art. 924 qu'il a en vue le cas d'un héritier renonçant, on se demande comment le législateur aurait pu avoir la singulière idée de subordonner le droit, si considérable pour un héritier renonçant, de cumuler sa part de réserve avec le disponible, à cette circonstance, assez insignifiante en soi, on en conviendra, qu'il y ait dans la succession des biens de la même nature que ceux donnés au successible.

Il est sans difficulté que la libéralité, faite par préciput à un héritier acceptant, s'impute d'abord sur la quotité disponible.

B. *L'héritier réservataire, donataire ou légataire, répudie la succession.*

459. Il n'y a plus à distinguer ici si le don ou le legs a été fait avec ou sans dispense du rapport ; on est d'accord sur ce point. Mais dans la pratique il n'arrivera guère qu'un héritier réservataire, donataire ou légataire *par préciput et hors part*, renonce à la succession ; il l'acceptera presque toujours, et en pareil cas nul ne lui contestera le droit de conserver son don ou de réclamer son legs jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve cumulée avec la quotité disponible. Souvent au contraire l'héritier réservataire, donataire *en avancement d'hoirie*, renoncera à la succession pour se soustraire au rapport. Nous ne nous occuperons donc que de ce dernier, mais en faisant observer que la situation serait la même pour l'héritier donataire par préciput qui renoncerait à la succession.

Ici reviennent les deux questions que nous venons de résoudre pour l'héritier acceptant : 1° Dans quelle mesure l'héritier renonçant peut-il conserver son don ou réclamer son legs ? 2° Sur quelle partie de la succession s'impute ce don ou ce legs ?

Que l'héritier renonçant ait le droit de conserver son don ou de réclamer son legs dans les limites de la quotité disponible, c'est incontestable (art. 845). Mais a-t-il le droit en outre, de même que l'héritier donataire par préciput qui accepte, de le conserver ou de le réclamer jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve ? C'est la célèbre question du cumul de la réserve et de la quotité disponible. Prenons une espèce : Le défunt laisse deux enfants, *Primus* et *Secundus;* la masse des biens, formée selon les prescriptions de l'art. 922, est de 36,000 fr., par conséquent la quotité disponible est de 12,000 fr., et la réserve de chaque enfant, de 12,000 fr. également; de plus *Primus* est donataire en avancement d'hoirie de 24,000 fr., et le défunt a légué 12,000 fr. à un étranger, à Paul; *Primus* renonce à la succession. Pourra-t-il retenir les 24,000 fr. qui lui ont été donnés, cumulant ainsi le disponible avec sa part dans la réserve ? ou bien pourra-t-il seulement retenir son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible ? D'autre part, sur quelle partie de la succession faudra-t-il imputer le don ? sur la réserve ? ou sur la quotité disponible ? Il y a sur cette double question trois systèmes principaux.

Premier système. Le réservataire renonçant ne peut retenir son don ou réclamer son legs que dans les limites de la quotité disponible ; d'autre part, la libéralité qui lui a été faite doit être imputée sur la quotité disponible. On l'assimile donc complètement à un donataire ou à un légataire étranger. Appliqué à notre espèce, ce système conduit aux résultats suivants : *Primus* ne conservera que 12,000 fr. sur les 24,000 qui lui ont été donnés, l'excédent devra être remis à la masse; le legs fait à Paul est caduc, parce que le don fait à *Primus* s'impute sur la quotité disponible et l'épuise; *Secundus* prend les 24,000 fr. restant.

Deuxième système. Le réservataire renonçant ne peut retenir son don ou réclamer son legs que dans les limites de la quotité disponible ; mais la libéralité s'impute *sur la réserve du donataire, et subsidiairement sur la quotité disponible.* Théorie fantastique, a dit le procureur général Dupin. Appliquée à notre espèce, elle conduit au résultat que voici : *Primus* renonçant conserve 12,000 fr. ; le legs fait à Paul s'exécute, et *Secundus* obtient les 12,000 fr. restant.

Troisième système. Le réservataire renonçant peut retenir son don ou réclamer son legs jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part dans la réserve cumulées ; d'autre part le legs s'impute sur la quotité disponible. Ce qui donne dans notre espèce les résultats suivants : *Primus* garde les 24,000 fr. qu'il a reçus; le legs fait à Paul est caduc; *Secundus* obtient 12,000 fr.

460. C'est en 1818 que la question s'est présentée pour la première fois devant la cour de cassation. Par un arrêt en date du 18 février (arrêt *Laroque de Mons*), la cour consacra le premier système, le système du non-cumul. Cet arrêt, fort bien motivé, paraissait devoir fixer irrévocablement la jurisprudence; il en fut autrement. En 1829, la cour consacra le deuxième système (non-cumul avec imputation sur la réserve). C'était une brèche qui ne devait pas manquer, à courte échéance, de donner passage au troisième système. Et en effet la cour consacra le système du *cumul* par une série d'arrêts dont le premier date de 1843. Cette nouvelle jurisprudence rencontra une vive opposition tant de la part des cours d'appel que du côté de la doctrine. M. Demolombe, partisan de la théorie du non-cumul, faisait des vœux pour que la question se présentât devant les chambres réunies de la cour de cassation. Ce vœu s'est réalisé en 1863, et la cour a donné raison à M. Demolombe ou plutôt aux véritables principes. Par un arrêt en date du 27 novembre, la cour, condamnant sa jurisprudence antérieure, en est revenue au premier système,

au système du non-cumul. La question semble donc aujourd'hui définitivement résolue. Cpr. Cass., 10 novembre 1880, Sir., 81. 1. 97. Aussi indiquerons-nous très sommairement les motifs principaux sur lesquels cette solution est fondée.

1° La réserve n'est qu'une portion de la succession *ab intestat*, vérité déjà acquise (*supra* n. n. 407 et 408); il faut donc être héritier pour y avoir droit. Par suite, l'héritier qui renonce perd par cela même tout droit à la réserve ; car il est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785); il ne peut donc plus avoir droit qu'à la quotité disponible. On objecte dans la théorie du cumul que, s'il en est ainsi de l'héritier renonçant qui réclame sa réserve *par voie d'action*, il en est autrement de celui qui la réclame *par voie d'exception*, étant déjà nanti. Il suffit de répondre que la loi ne fait nulle part cette distinction.

2° Aux termes de l'art. 845 : « L'héritier qui renonce à la succession, peut cependant retenir le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence » de la portion disponible ». Voilà qui est topique. En assimilant complètement le successible qui renonce à un étranger, cet article prouve deux choses : 1° que le réservataire qui renonce ne peut pas cumuler sa réserve avec la quotité disponible ; 2° que la libéralité qui lui a été faite doit s'imputer sur la quotité disponible. Il est curieux de voir ce que les partisans de la théorie du cumul ont fait d'efforts désespérés pour échapper à l'autorité écrasante de ce texte, qui est limpide à force d'être clair, comme l'a dit M. Faustin Hélie. Nous ne ferons pas l'histoire de leurs vaines tentatives.

3° La théorie du cumul autorise un enfant, qui n'est donataire qu'en avancement d'hoirie, à transformer la libéralité que le défunt lui a faite en une libéralité préciputaire : il lui suffit pour cela de renoncer à la succession. Est-ce admissible? De plus elle conduit à consacrer, contrairement à la volonté bien évidente du père de famille, une inégalité marquée entre plusieurs enfants dont l'un est donataire en avancement d'hoirie. L'enfant sera préciputaire sans clause de préciput, et réservataire quoiqu'il ait renoncé à la succession. Est-ce là le code civil? s'écrie le procureur général Dupin. Le successible, donataire en avancement d'hoirie, qui renonce à la succession dans l'espoir de cumuler le disponible avec sa part dans la réserve, est un mauvais fils et un mauvais frère : — un mauvais fils, car sa renonciation a quelque chose d'offensant pour la mémoire du défunt ; — un mauvais frère, car il cherche à s'enrichir au détriment de ses frères. Le code civil a-t-il pu vouloir favoriser un calcul à la fois aussi impie et aussi égoïste !

CHAPITRE IV

DES DONATIONS ENTRE VIFS

461. Ce chapitre est divisé en deux sections. La première traite de l'irrévocabilité des donations entre vifs, et par conséquent de leur forme qui a été prescrite principalement dans le but d'assurer cette irrévocabilité ; la deuxième est consacrée aux exceptions à la règle de l'irrévocabilité.

SECTION PREMIÈRE

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE VIFS

§ I. *De la solennité de la donation entre vifs.*

N° 1. Règles générales.

462. La donation entre vifs, nous l'avons déjà dit, est un contrat solennel : ce qui signifie qu'elle est soumise à certaines formes prescrites à peine de nullité, disons mieux : à peine d'*inexistence* du contrat. La forme présente donc ici une importance toute particulière, puisqu'elle est nécessaire pour vivifier le consentement des parties, qui, s'il n'est pas revêtu de cette enveloppe légale, ne produira aucun effet de droit. C'est ici la forme qui donne l'existence à la chose, *forma dat esse rei,* à la différence de ce qui a lieu dans les contrats consensuels, qui sont parfaits par le seul consentement des parties, *solo consensu perficiuntur.*

La solennité du contrat de donation consiste principalement en ce que la volonté du donateur de se dépouiller au profit du donataire et la volonté de celui-ci d'accepter la donation, doivent être constatées par acte notarié. Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir les donations et en dresser acte. C'est ce qui résulte des art. 931 et 932, ainsi conçus :

Art. 931. *Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité.*

Art. 932. *La donation entre-vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. — L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.*

L'acte notarié qui constate le consentement du donateur et du donataire tout à la fois, ou la volonté de chacun d'eux séparément, doit être dressé conformément aux prescriptions de la loi du 25 ventôse de l'an XI et de la loi du 21 juin 1843. L'art. 2 de cette dernière loi met la donation au nombre des actes, pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires est exigée à peine de nullité, au moins au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de sa signature par les parties. La donation serait inexistante, si l'acte notarié qui la constate était nul pour contravention à l'une des deux lois précitées. Cpr. art. 1339. Voyez toutefois art. 1340.

463. Le plus souvent, le donateur et le donataire se présenteront ensemble devant un même notaire pour faire dresser acte de leurs consentements respectifs. Alors l'offre du donateur, d'une part, et l'acceptation du donataire, d'autre part, seront constatées simultanément

dans le même acte, et le contrat recevra immédiatement sa perfection. — En ce qui concerne l'acceptation du donataire, la loi exige qu'elle soit faite *en termes exprès*. Une acceptation tacite, par exemple celle que l'on prétendrait induire de la présence du donataire à l'acte et de sa signature, ne suffirait donc pas : ce qui ne peut s'expliquer que par la défaveur dont les donations ont été l'objet. Notre législateur les autorise comme à regret, et semble chercher, en multipliant les formalités, à multiplier les chances de nullité. La meilleure preuve en est qu'il se départit de cette exigence pour certaines donations qu'il voit d'un œil favorable, celles qui sont faites en faveur du mariage (art. 1087). Et toutefois la rigueur de la loi ne va pas jusqu'à exiger que l'acceptation soit faite dans des termes sacramentels ; notre droit actuel n'en comporte plus. Le mot *accepter* pourrait donc être remplacé par toute autre formule équivalente; mais le plus sûr est encore de s'en tenir à cette expression; on évite ainsi toute difficulté.

464. Quelquefois la volonté du donateur et celle du donataire, dont le concours forme le *consentement,* indispensable à l'existence de la donation comme de tout autre contrat, seront manifestées séparément : c'est ce que suppose l'art. 932 al. 2. Dans ce cas, l'offre du donateur, la *pollicitation,* comme on dit, *solius offerentis promissum,* et l'acceptation du donataire, celle-ci en termes exprès, devront être l'une et l'autre constatées par acte notarié.

Quand la volonté du donateur de donner, d'une part, et celle du donataire d'accepter, d'autre part, ont été ainsi constatées par deux actes séparés, elles existent légalement l'une et l'autre ; mais elles ne forment pas encore un *consentement,* base essentielle de la donation, comme de tout contrat. En effet le consentement est un *concours* de volontés ; or ici les deux volontés *coexistent,* mais elles ne *concourent* pas encore. Pour qu'elles concourent, il faut qu'elles s'unissent, qu'elles se fondent en un seul tout, et ce résultat ne se produira que lorsque le donateur aura connaissance de l'acceptation du donataire : alors les deux volontés se seront touchées, et il y aura consentement. Si la donation était un contrat ordinaire, un contrat consensuel, il suffirait que le donateur eût connaissance par une voie quelconque de l'acceptation du donataire. Mais, comme la donation est un contrat *solennel,* le législateur prescrit encore ici une forme particulière pour porter l'acceptation du donataire à la connaissance du donateur : il faut que cette acceptation soit *notifiée* au donateur. Jusqu'à cette notification, qui se fait ordinairement par acte d'huissier, le donateur est considéré comme ignorant légalement l'acceptation; par suite le contrat n'est pas parfait. Le donateur demeure donc propriétaire, et le donataire ne l'est pas encore.

De là résultent deux conséquences : — 1° Jusqu'à la notification, le donateur pe rétracter son offre soit expressément, *expressis verbis,* soit tacitement, par exemp en vendant la chose donnée; — 2° Si le donateur meurt avant la notification, contrat ne pourra plus se former. La volonté du donataire ne s'était pas enco légalement unie à celle du donateur au moment de sa mort, et cette union n'e plus possible aujourd'hui ; car, ainsi que le dit Pothier, un peu naïvement peut-êtr un mort ne peut pas consentir. Il en serait de même, si le donateur venait à perdi la capacité de disposer à titre gratuit, par exemple s'il était frappé d'une condam nation à une peine afflictive perpétuelle; — 3° Enfin la notification ne pourrait pa être faite utilement après la mort du donataire, ni après qu'il aurait perdu la capa cité de recevoir.

465. On voit que nous considérons la notification de l'acceptation faite par act séparé, comme une condition de l'*existence* même de la donation, de sorte que, ju qu'à l'accomplissement de cette formalité, il n'y a rien de fait soit à l'égard d donateur, soit à l'égard du donataire. Dans une autre opinion, qui est généralemen suivie, on soutient que, si la donation n'existe pas à l'égard du donateur tant qu l'acceptation, régulièrement faite par acte séparé, ne lui a pas été notifiée, ell existe au contraire à l'égard du donataire, sous la condition suspensive de la notif cation; et cette condition, une fois accomplie, rétroagirait au jour de l'acceptatio (arg. art. 1179), de sorte que la donation serait alors réputée parfaite à l'égard d donataire à dater du jour même de l'acceptation : ce qui conduirait notamment décider que la notification peut être faite utilement après le décès du donataire et à valider les aliénations ou hypothèques par lui consenties dans l'intervalle entr l'acceptation et la notification. Toute cette théorie est fondée sur ces mots d l'art. 932 : « ... la donation n'aura d'effet, *à l'égard du donateur,* que du jour o » l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ». *A l'égard du donateur;* donc, dit-on, il n'en est pas de même à l'égard du donataire; par rapport lui la donation aura son effet du jour de l'acceptation, alors même que la notifica tion ne se produirait que plus tard, mais sous la condition toutefois qu'elle a lieu à une époque où l'offre du donateur existe encore légalement, par conséquen avant qu'il l'ait retirée ou qu'elle soit devenue caduque par sa mort ou par so incapacité de disposer. — Ce n'est là qu'un argument *a contrario,* dont il fau par cela même se défier. D'ailleurs, il est tout simple que la loi n'ait envisagé le effets de la donation qu'au point de vue du donateur; car lui seul doit être oblig par le contrat, et, dire que la donation ne produit aucun effet par rapport à lu c'est dire qu'elle n'en produit par rapport à personne. La formule dont le text se sert nous paraît être l'équivalent de celle-ci : le donateur n'est aucunemen obligé. S'il n'est aucunement lié, comment le donataire pourrait-il avoir un droit puisque son droit ne peut résulter que de l'obligation du donateur? Nier l'obliga tion du donateur, c'est nier le droit du donataire. Enfin, comment comprendre u contrat, qui existerait pour l'une des parties sans exister en même temps pou l'autre? Un contrat existe ou il n'existe pas, il ne saurait exister à demi. — La juris prudence paraît incliner vers notre solution, qui est certainement la plus ration nelle, et aussi, nous le croyons du moins, la plus juridique.

466. En résumé, la donation, comme tout autre contrat, exige l consentement des parties contractantes; mais ce consentement n suffit pas : les volontés, par le concours desquelles il se forme, doivent à peine de nullité, ou mieux d'inexistence du contrat, être manifestée en termes exprès avec les solennités prescrites par la loi, c'est-à dire dans la forme notariée. Quand la volonté du donateur et celle d

donataire sont manifestées séparément, ce que la loi permet, le contrat n'existe que lorsque ces deux volontés se sont touchées, lorsque par leur union elles sont devenues un consentement : ce qui n'arrive que lorsque le donateur a eu connaissance de l'acceptation du donataire. Et encore ne suffit-il pas qu'il en ait eu connaissance par une voie quelconque : il faut, toujours à peine d'inexistence du contrat, que cette acceptation lui ait été notifiée ; jusque-là il est réputé légalement en ignorer l'existence, et par conséquent au point de vue légal il n'y a pas consentement, par suite pas de donation.

Exceptions à la règle de la solennité des donations.

467. Exceptionnellement, certaines donations peuvent être faites valablement sans l'accomplissement des formes solennelles que nous venons de décrire.

1° La donation d'une somme d'argent ou de tout autre objet mobilier corporel devient parfaite par le seul consentement des parties suivi de tradition réelle. La validité des dons *manuels*, ou *de la main à la main*, que nos anciens appelaient aussi donations *de main chaude*, ne saurait être contestée dans notre droit actuel. L'art. 631 ne dit pas que *toutes donations doivent être faites par acte notarié*, formule qui comprendrait dans sa généralité même les donations de meubles corporels, mais bien que « Tous ACTES portant donation entre vifs seront passés devant notaires ». C'est la reproduction littérale de l'art. 1 de l'ordonnance de 1731, et ce texte a toujours été entendu comme ne s'appliquant qu'aux donations faites *par acte*, et non « au cas de la tradition réelle qui n'a besoin d'aucune loi » ; ce sont les paroles de d'Aguesseau, l'auteur de l'ordonnance.

L'exception, admise en faveur des dons manuels, se rattachait dans notre ancien droit à la maxime *Res mobilis res vilis*. La solennité des donations avait principalement pour but la conservation des biens dans les familles ; elle ne devait donc pas s'appliquer à des biens réputés sans valeur. Aujourd'hui la fortune mobilière a acquis une importance considérable ; dans l'état actuel des choses, la maxime *Res mobilis res vilis* n'est plus que l'expression d'une contre-vérité, et cependant nous avons conservé l'institution du don manuel, qui n'en est qu'une conséquence, sans même la limiter, comme on le faisait, paraît-il, autrefois, aux dons modiques. Il est vrai que, si la loi soumettait les donations d'objets mobiliers corporels à des formes particulières, il serait peut-être difficile d'assurer l'observation de ses prescriptions.

Le don manuel n'est autre chose qu'une donation dispensée de la solennité prescrite par le droit commun. Mais s'il échappe aux règles de forme de la donation ordinaire, il demeure soumis aux règles de fond. Il en résulte notamment que la volonté du donataire doit s'unir à celle du donateur du vivant de celui-ci, pour former le consentement indispensable à l'existence du don manuel comme de tout autre contrat. D'ailleurs le consentement du donataire peut n'être que tacite. Il en résulte encore que le dépouillement du donateur doit être irrévocable. Il y aurait donc lieu de déclarer nul le don manuel fait par un malade à son domestique ou à toute autre personne, sous cette condition que le donateur reprendra la chose don-

née, en cas de retour à la santé. Une semblable disposition présenterait les caractères de la donation à cause de mort, que notre loi proscrit. Arg. art. 893. De même le don manuel demeure soumis aux règles ordinaires des donations, en ce qui concerne la capacité de disposer et de recevoir, le rapport, la réduction et la révocation pour les diverses causes énumérées en l'art. 953.

La tradition réelle est un élément essentiel du don manuel, et non comme cela a lieu d'ordinaire, un mode d'exécution du contrat. Elle est nécessaire pour vivifier le consentement des parties, qui, jusque-là, n'a aucune force légale. En ce sens, le don manuel est un contrat réel, *qui re perficitur*.

Il en résulte que le don manuel ne peut s'appliquer qu'à des objets mobiliers susceptibles de tradition réelle. Les meubles incorporels, ou droits mobiliers, ne sauraient donc faire l'objet d'un don manuel. Il n'y a d'exception à cette règle que pour ceux constatés par des titres au porteur. Le droit s'incarne alors dans le titre avec lequel il paraît se confondre; il est présumé appartenir au détenteur du titre, et il suffit de transférer le titre pour transférer le droit. Arg. art. 35 C. co.

D'ailleurs la tradition peut valablement être faite soit au donataire lui-même, soit à son mandataire.

Supposons que le donateur ait remis la chose à une tierce personne qu'il a chargée d'en faire tradition au donataire et qui n'est pas mandataire de celui-ci. La donation ne deviendra parfaite que lorsque l'intermédiaire choisi par le donateur aura rempli la mission dont il a été chargé, lorsqu'il aura exécuté son mandat, car il est mandataire du donateur. Jusque-là en effet il n'y a pas tradition au donataire; peut-être même n'y a-t-il pas consentement du donataire, s'il ignore les intentions du donateur. D'ailleurs, le donateur peut révoquer le mandat qu'il a donné à l'intermédiaire, en reprenant la chose, ou mourir avant que le mandat ait été exécuté, ce qui en rendra également l'exécution impossible. Il n'est donc pas dépouillé irrévocablement et par suite la donation n'existe pas.

Il a été fait une application très juste de ces principes dans l'espèce suivante. Une somme d'argent avait été remise, enfermée dans un sac, à un ecclésiastique pour être distribuée en bonnes œuvres après la mort du donateur. Les héritiers de celui-ci demandèrent la restitution de la somme. La cour de Douai déclara que leur réclamation était fondée. En effet l'ecclésiastique ne pouvait pas être considéré comme donataire de la somme; il n'en était que dépositaire. Les vrais donataires étaient les pauvres, auxquels la libéralité devait profiter, ou le bureau de bienfaisance qui est leur représentant légal. Mais d'une part la volonté du donataire n'avait pu s'unir à celle du donateur du vivant de celui-ci, pour former le consentement indispensable à la perfection du don manuel comme de tout autre contrat. En tout cas la tradition n'avait pas été faite au donataire, et elle ne pouvait plus être faite utilement, l'art. 1939 al. 1 disposant qu'en cas de mort du déposant la chose doit être restituée à ses héritiers.

En ce qui concerne la preuve, le don manuel demeure soumis aux règles du droit commun, qui sont applicables par cela seul que la loi n'y a pas dérogé. Il en résulte que la preuve est à la charge de celui qui allègue en justice l'existence du don manuel soit à l'appui de sa demande, soit à l'appui de son exception. Ainsi la preuve du don manuel incombera au donateur qui en demande la révocation pour l'une des causes énumérées en l'art. 913 ou pour inaccomplissement de la condition tacite prévue par l'art. 1088, au donataire qui, se trouvant dessaisi de la chose donnée en demande la restitution au donateur qui en a repris la possession, au cohéritier du donataire qui lui demande le rapport du don, à l'héritier réservataire qui en demande la réduction. Il en résulte encore qu'au dessus de 150 fr. et en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, le don manuel ne pourra pas être prouvé par témoins ou par présomptions, à moins qu'il ne soit l'œuvre de la fraude. Il ne

restera à celui qui allègue son existence que la ressource du serment ou de l'aveu qui ici comme ailleurs devrait être considéré comme indivisible. Cpr. Paris, 18 mars 1885, Sir., 87. 2. 145, et Cass., 9 août 1887, Sir., 87. 1. 313.

2° Les libéralités, qui résultent de l'abandon d'un droit, ou autrement dit d'une renonciation, sont valables indépendamment des formes particulières prescrites par les art. 931 et 932. Telle est la libéralité résultant d'une remise de dette, faite à titre gratuit par un créancier à son débiteur (arg. art. 1282 et 1283), ou bien de la renonciation à un droit d'usufruit ou à une succession (1). Mais il faut qu'il s'agisse d'une renonciation purement *abdicative;* la renonciation *in favorem,* celle par exemple qu'un cohéritier ferait au profit d'un ou de quelques-uns seulement de ses cohéritiers, rentrerait dans la règle (arg. art. 780).

3° Les libéralités faites à un tiers comme condition d'un contrat à titre onéreux que l'on fait pour soi-même, ne requièrent pas, au point de vue de la forme, d'autres conditions de validité que celles du contrat dont elles sont un accessoire (arg. art. 1121). Ainsi, en vous vendant un immeuble moyennant 20,000 fr., je puis stipuler que vous paierez en outre une rente viagère de 1,000 fr. à ma mère. Cette stipulation constitue bien une libéralité au profit de ma mère, mais elle n'est pas soumise à d'autres conditions de validité que la vente dont elle est un accessoire. Cpr. art. 1793.

4° Entre personnes respectivement capables, l'une de disposer et l'autre de recevoir à titre gratuit, la donation, déguisée sous les apparences d'un contrat à titre onéreux, n'est pas soumise, *quant à la forme,* à d'autres conditions de validité que le contrat qui lui sert de masque. Ainsi, voulant vous faire donation de ma maison, je déclare vous la vendre, et nous constatons cette convention par un acte *sous seing privé,* dans lequel je vous donne quittance du prix, quoique vous ne me l'ayez jamais payé. En réalité, je vous ai donné ma maison; mais, comme je vous l'ai donnée sous le voile d'une vente, la donation est valable, bien que les formes prescrites par l'art. 931 n'aient pas été observées, et par cela seul que l'acte satisfait aux conditions requises pour la validité d'une vente. Cette solution, qui a soulevé de très graves objections dans la doctrine, est consacrée par une jurisprudence constante. Elle se fonde principalement : 1° sur ce qu'il est permis de faire indirectement ce que la loi autorise à faire directement; 2° sur un argument tiré de l'art. 911, qui ne déclare nulle la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux que lorsqu'elle est faite au profit d'un incapable; 3° enfin sur un argument tiré de l'art. 918, qui, dans un cas particulier, déclare valable comme donation un contrat qui a les apparences d'un acte à titre onéreux. En ce sens, Cass., 25 juillet 1876, Sir., 78. 1. 291.

N° 2. Règles spéciales aux actes portant donation d'effets mobiliers.

468. Dans le but de mieux assurer l'irrévocabilité des donations qui portent sur des effets mobiliers, le législateur exige, à peine de

(1) Poitiers, 30 novembre 1881. Sir., 83. 2. 123. La renonciation n'a même pas besoin pour être valable entre le donateur et le donataire, d'être faite dans la forme prescrite par l'art. 784.

nullité, qu'un état estimatif de ces effets soit annexé à la minute de la donation. « *Tout acte de donation d'effets mobiliers* », dit l'art. 948, « *ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du* » *donateur, et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été* » *annexé à la minute de la donation* ». Sans cette disposition, le donateur aurait pu facilement révoquer pour partie la donation, en détournant quelques-uns des objets qu'elle comprend ou en les détériorant ou en les remplaçant par d'autres de moindre valeur.

L'art. 15 de l'ordonnance de 1731 n'exigeait qu'un état *énumératif;* notre article exige en outre que l'état soit *estimatif.* L'estimation servira tout d'abord à déterminer le montant de la somme, à payer par le donateur, à raison des objets dépendant de la donation qu'il aurait fait disparaître; elle pourra servir encore, soit pour fixer la somme à rapporter, le cas échéant, par le donataire venant à la succession du disposant, soit pour calculer, s'il y a lieu, la quotité disponible du donateur.

L'état, dont parle notre article, peut être authentique ou sous seing privé. Dans cette dernière hypothèse, la loi exige qu'il soit signé du donateur et du donataire ou de ceux qui acceptent pour lui. Il doit dans tous les cas être annexé à la minute de la donation.

L'esprit de la loi conduit à décider que l'état exigé par l'art. 948 doit être contemporain de l'acte de donation; car, s'il était rédigé après coup, le donateur pourrait, dans l'intervalle entre la donation et la confection de l'état, faire disparaître quelques-uns des objets donnés.

Il est bien entendu d'ailleurs que, si l'acte de donation contient l'énumération et l'estimation des objets mobiliers donnés, il ne sera pas nécessaire de dresser en outre un état estimatif distinct. Le vœu de la loi paraît même alors plus complètement rempli. Il semble l'être aussi, quand les effets mobiliers compris dans la donation se trouvent énumérés et estimés dans un titre authentique antérieur à la donation, tel qu'un inventaire notarié, auquel se réfère l'acte de donation.

La formalité de l'état estimatif n'est requise par notre article que pour les donations d'effets mobiliers faites *par acte.* Elle ne serait donc pas nécessaire pour les donations manuelles, qui se font sans acte et qui peuvent s'appliquer, comme on sait, aux choses mobilières corporelles.

Mais elle est requise pour toutes les donations d'effets mobiliers faites par acte, par conséquent même pour les donations de meubles incorporels; et toutefois, pour les meubles de cette espèce qui portent avec eux-mêmes leur propre estimation, comme la créance d'une somme fixe, il suffira d'en indiquer le montant, sans qu'il y ait lieu à une estimation proprement dite.

469. L'absence de l'état estimatif, requis par l'art. 948, entraîne la nullité de la donation : le donateur peut s'en prévaloir pour refuser d'exécuter sa promesse. Mais supposons qu'il l'ait exécutée en faisant tradition au donataire ; pourra-t-il encore invoquer la nullité et demander au donataire la restitution de ce qu'il a reçu ? Il ne l'aurait pas pu sous l'empire de l'ordonnance de 1731 (art. 15). Le projet de l'art. 948 reproduisait sur ce point la disposition de l'ordonnance; il contenait ce

membre de phrase : *s'il n'y a point tradition réelle.* Ces mots ne se retrouvent plus dans la rédaction définitive. Faut-il conclure de leur suppression que la nullité dont il s'agit ne sera jamais couverte par la tradition? Quelques-uns l'ont pensé, et ils ont fortifié l'induction tirée du silence significatif de l'art. 948 par un argument emprunté à l'art. 1339, aux termes duquel : « Le donateur ne peut réparer par aucun » acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs » ; or l'exécution volontaire de la donation n'est qu'un acte confirmatif. — Et toutefois, cette solution paraîtrait trop absolue. Dans plusieurs cas, en effet, la tradition, faite volontairement par le donateur, pourra être considérée comme constituant une donation manuelle, qui serait certainement valable si elle était isolée, et dont on ne comprendrait guère qu'il pût y avoir lieu de prononcer la nullité parce qu'elle se rattache à une donation antérieure, faite par acte, qui est nulle en la forme. D'autant plus qu'on peut fort bien dire alors que la donation a été *refaite en la forme légale,* conformément à l'art. 1339 *in fine*. L'opinion que nous critiquons comme formulée dans des termes beaucoup trop généraux, semble donc devoir être restreinte au cas où la nature de l'objet s'oppose à ce qu'il puisse en être fait donation manuelle, par exemple s'il s'agit d'une chose incorporelle, comme une créance, et à celui où les conditions dans lesquelles la tradition a été faite sont exclusives de la volonté chez le donateur de faire une nouvelle donation, par exemple si le donateur n'a livré que sur une sommation du donataire, et ignorant la nullité de la donation, croyant par suite être tenu de l'exécuter.

N° 3. Particularités relatives à l'acceptation des donations entre vifs.

470. A. *Le donataire est majeur et capable.* — Il peut accepter la donation par lui-même ou par un fondé de pouvoir. L'art. 933 al. 1 dit à ce sujet : « *Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite* » *par lui, ou, en son nom, par la personne fondée de sa procuration,* » *portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général* » *d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites* ». Donc une procuration générale de gérer toutes les affaires du mandant ne contiendrait pas un pouvoir suffisant pour accepter une donation entre vifs.

L'alinéa 2 de l'article ajoute : « *Cette procuration devra être passée* » *devant notaires ; et une expédition devra en être annexée à la minute* » *de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par* » *acte séparé* ».

On admet généralement que la procuration, portant pouvoir d'accepter une donation, pourrait être rédigée en brevet. Toutefois, le texte parlant d'une *expédition* de la procuration, ce qui suppose qu'elle a été rédigée en minute, il est prudent, dans une matière où tout est de rigueur, de la dresser en cette forme.

Le donateur pourrait, lui aussi, quoique la loi ne le dise pas, se faire représenter par un mandataire. Mais la procuration devrait être : 1° *spéciale* (arg. art. 1988) ; une procuration générale pour faire toute donation serait donc nulle ; 2° passée devant notaires (loi du 21 juin 1843, art 2).

471. B. *Le donataire est incapable.* — Nous avons à étudier successivement les cas où le donataire est une femme mariée, un mineur ou un interdit, un sourd-muet, une personne morale.

a. **Le donataire est une femme mariée.** — « *La femme mariée ne » pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, » en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément » à ce qui est prescrit par les articles* 217 *et* 219, *au titre* du Mariage » (art 934). Nous connaissons déjà les motifs de cette disposition (v. t. I, n. 630).

b. **Le donataire est mineur ou interdit.** — « *La donation faite à un » mineur non émancipé ou à un interdit, devra être acceptée par son » tuteur, conformément à l'article* 463, *au titre* de la Minorité, de la » Tutelle et de l'Emancipation » (art. 935 al. 1).

— *Devra.* C'est une obligation pour le tuteur; il pourrait être condamné à des dommages et intérêts envers le mineur pour n'y avoir pas satisfait (art. 942).

— *Conformément à l'article 463.* C'est-à-dire avec l'autorisation du conseil de famille; nous en connaissons les motifs (t. I, n. 1081).

L'alinéa 2 de l'article ajoute : « *Le mineur émancipé pourra accepter » avec l'assistance de son curateur* ».

Enfin on lit dans l'alinéa 3 : « *Néanmoins les père et mère du mineur, » émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant » des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs, ni curateurs du » mineur, pourront accepter pour lui* ».

— *Pourront accepter pour lui.* Ce qui est une obligation pour le tuteur est une faculté pour les ascendants. Aussi voyons-nous que le défaut d'acceptation peut donner lieu à un recours au profit du mineur contre son tuteur, mais non contre ses ascendants (art. 942).

L'autorisation du conseil de famille n'est plus ici requise; la loi a toute confiance dans les ascendants pour apprécier la donation au point de vue moral; ils refuseront certainement d'accepter toute donation qui leur paraîtrait suspecte. Le tuteur, en cette qualité, ne méritait pas la même confiance : il peut être un étranger.

Le pouvoir d'accepter la donation offerte au mineur est conféré par notre article à tous les ascendants collectivement, sans qu'aucun ordre hiérarchique soit établi entre eux; la présence d'un ascendant plus proche qui n'accepte pas, ne fait donc pas obstacle à l'acceptation d'un ascendant plus éloigné. La mère elle-même pourrait accepter sans l'autorisation du père, et même contre son gré. On s'étonnera, si l'on veut, que la mère puisse ainsi faire pour le compte de son enfant ce qu'elle ne pourrait pas faire pour son propre compte (art. 934). La mère agit ici comme mandataire de son enfant, son mandat est écrit dans l'art. 935; or le mandat peut donner à une personne le pouvoir d'accomplir pour autrui un acte, qu'elle ne pourrait pas valablement accomplir pour son propre compte. C'est ainsi qu'un mineur peut être choisi comme mandataire, et alors il oblige valablement le mandant dans les limites du mandat, tandis qu'il ne peut pas s'obliger personnellement (art. 1990).

La disposition de l'art. 935 *in fine* étant exceptionnelle (arg. du mot *Néanmoins*), on doit lui appliquer l'interprétation restrictive. Il ne faudrait donc pas reconnaître aux ascendants de l'interdit la faculté que notre texte n'accorde, à tort ou à raison, qu'aux ascendants du mineur.

La donation dûment acceptée a le même effet à l'égard du mineur qu'à l'égard du majeur (art. 463 al. 2). D'où nous concluons que le donataire mineur ne pourrait pas se faire restituer contre une acceptation régulière qui lui causerait préjudice : ce qui peut arriver si la donation contient des charges.

On admet en général que l'inaccomplissement des formalités prescrites par les art. 934 et 935 pour l'acceptation d'une donation offerte à une femme mariée, à un mineur ou à un interdit, rend la donation inexistante, et non pas seulement nulle ou annulable. D'où la conséquence que le donateur lui-même peut, en invoquant l'irrégularité de l'acceptation, se dispenser d'exécuter la donation. En matière de donations, dit-on, la forme prescrite par la loi est requise pour l'*existence* même de la donation; or l'acceptation, faite par une femme mariée non autorisée, par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur..., n'est pas faite dans la forme légale; donc la donation ainsi irrégulièrement acceptée est inexistante. La place même, qu'occupent les art. 934 et 935 dans la section *De la forme des donations entre vifs,* prouve bien que le législateur considère l'autorisation maritale, l'assistance du curateur..., comme une condition de forme et non comme une condition de capacité; or, nous venons de le dire, la forme en matière de donations est essentielle à l'existence de l'acte. C'était bien ainsi que l'entendait d'Aguesseau, l'auteur de l'ordonnance de 1731. La jurisprudence est en ce sens. Cpr. Aix, 10 mars 1880, Sir., 81. 2. 49.

Cette solution est vivement combattue par plusieurs auteurs. Il faut bien se garder, disent-ils, de confondre, en ce qui concerne l'acceptation, comme en ce qui regarde la donation, les conditions de *forme* avec les conditions de *capacité.* L'authenticité de l'acte qui constate l'acceptation est une condition de forme, et il est incontestable que son inobservation entraînerait l'inexistence de la donation. Mais l'autorisation maritale, l'assistance du curateur... sont des conditions de capacité; or l'absence d'une condition de capacité entraîne seulement la nullité de l'acte, et non son inexistence (arg. art. 225 et 1125). La donation, acceptée par une femme mariée sans autorisation, par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, sera donc simplement nulle ou annulable, et la nullité ne pourra être invoquée que par les personnes indiquées dans les art. 225 et 1125; ce droit n'appartiendra pas au donateur. La donation, qu'une femme mariée *ferait* sans l'autorisation de son mari, serait certes nulle seulement, et non pas inexistante; la femme seule et son mari pourraient se prévaloir de la nullité (arg. art. 1125 et 225), le donataire ne le pourrait pas. Alors comment comprendrait-on que la donation, *acceptée* par une femme mariée sans autorisation, fût inexistante, et que le donateur lui-même pût se prévaloir de cette inexistence?

c. **Le donataire est sourd-muet.** — Cette hypothèse est prévue par l'art. 936, ainsi conçu : « *Le sourd-muet qui saura écrire, pourra accep-* » *ter lui-même ou par un fondé de pouvoir. — S'il ne sait pas écrire,* » *l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à cet effet, sui-* » *vant les règles établies au titre* de la Minorité, de la Tutelle et de » l'Emancipation».

d. **La donation est offerte à une personne morale** (du droit administratif). — « *Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une* » *commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par* » *les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir* » *été dûment autorisés* » (art. 937).

§ II. *Effets de la donation entre vifs.*

472. La donation, devenue parfaite par l'accomplissement des formalités que la loi prescrit, fait naître des obligations entre le dona-

teur et le donataire. En outre, mais dans certains cas seulement, elle rend le donataire, indépendamment de toute tradition, propriétaire de la chose donnée, ou l'investit du droit que la donation a eu pour objet de créer.

473. Premier effet. *Création d'obligations.* — La donation fait naître à la charge du donateur diverses obligations dont la nature varie suivant les cas. Ainsi la donation d'un corps certain, en propriété ou en usufruit, oblige le donateur à en faire la délivrance au donataire; la donation d'une somme d'argent oblige le donateur à payer la somme convenue... Pour obtenir l'exécution de ces diverses obligations, le donataire a une action *personnelle* contre le donateur.

Mais le donateur n'est pas garant de l'éviction envers le donataire, *donator de evictione non tenetur*. La garantie ne peut avoir d'autre fondement que la volonté des parties contractantes. La loi présume avec raison l'existence de cette volonté dans les contrats à titre onéreux, la vente par exemple; mais il n'y avait aucun motif pour la présumer dans la donation. On doit naturellement supposer que le donateur, qui se dépouille gratuitement, entend donner la chose telle qu'il l'a, par conséquent avec les chances d'éviction auxquelles elle peut être soumise, et sans vouloir assumer aucune responsabilité à cet égard.

Exceptionnellement, le donateur doit la garantie : 1° s'il s'y est engagé par une clause du contrat; 2° si la donation a été faite à titre de constitution de dot (art. 1440 et 1547).

474. Le contrat de donation étant *unilatéral*, le donataire, en principe tout au moins, ne s'oblige pas envers le donateur. Le contraire a lieu cependant, quand le contrat impose des charges au donataire : en acceptant la donation, il s'oblige à les remplir, et le donateur a par conséquent action contre lui pour en obtenir l'exécution. Nous pensons même que, la donation une fois devenue parfaite, le donataire, qui trouverait les charges trop lourdes, ne pourrait pas se soustraire à leur exécution en offrant de renoncer au bénéfice de la donation (arg. art. 1134).

* Le donataire est-il tenu, en cette qualité, de payer les dettes du donateur ? On ne peut être obligé de payer les dettes d'autrui qu'en vertu de la loi ou d'une convention. En aucun cas, la loi n'oblige le donataire, au moins le donataire de biens présents, à payer les dettes du donateur. En effet, dans notre droit, les successeurs universels sont seuls tenus des dettes de leur auteur, *æs alienum universi patrimonii non certarum rerum onus est ;* or, il n'y a de successeurs universels que ceux qui succèdent au patrimoine considéré comme universalité, savoir : les héritiers et les légataires universels ou à titre universel, auxquels il y a lieu d'assimiler les héritiers contractuels ou donataires de biens à venir (art. 1082 et s.). Le donataire de biens présents est toujours un successeur à titre particulier ; il a cette qualité, même quand la donation porte en fait sur tous les biens du donateur : auquel cas on le désigne fort improprement sous le nom de donataire *universel*, car il ne

recueille que les biens appartenant au donateur lors de la donation, donc des biens particuliers. En donnant tous ses biens présents, le donateur n'aliène pas son patrimoine, car le patrimoine est inaliénable. « L'idée de l'aliénation du patrimoine, disent MM. Aubry et Rau (t. VI, p. 242, 4e éd.), présenterait un véritable contresens, puisque, n'ayant pas d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient ». Le donataire, dit *universel,* ne succédant pas au patrimoine, ne peut être qu'un successeur à titre particulier ; donc il n'est pas tenu en cette qualité des dettes du donateur. Après avoir adopté la solution contraire, la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée dans ce sens. Grenoble, 12 mai 1882. Sir., 82. 2. 246.

* Mais, si le donataire de tous les biens présents, appelé improprement *donataire universel,* n'est pas tenu en vertu de la loi du paiement des dettes du donateur, il peut y être obligé par une convention, et, conformément au droit commun, cette convention peut être tacite aussi bien qu'expresse. Au juge il appartient de décider, en cas de difficulté, si cette convention tacite existe. Elle existera la plupart du temps ; et, dans les cas où elle n'existera pas, il sera rare que le donateur n'ait pas agi en fraude des droits de ses créanciers : ce qui donnera à ceux-ci le droit d'attaquer la donation par l'action paulienne. Voyez l'arrêt précité.

475. Deuxième effet. *Translation de la propriété.* — Nous avons à examiner ici successivement la situation du donataire dans ses rapports avec le donateur et dans ses rapports avec les tiers.

476. A. *Dans ses rapports avec le donateur,* le donataire devient propriétaire de la chose donnée par le seul effet de la donation. On lit à ce sujet dans l'art. 938 : « *La donation dûment acceptée sera par-* » *faite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets* » *donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tra-* » *dition* ». Cpr. art. 711.

Dans notre ancien droit, le seul consentement des parties, manifesté dans la forme légale, ne suffisait pas pour rendre le donataire propriétaire de la chose donnée ; il fallait en outre la tradition. Plusieurs coutumes exigeaient une tradition *réelle* ou tradition *de fait ;* d'autres se contentaient d'une tradition *feinte* ou tradition *de droit,* résultant, soit d'une constitution de précaire, soit de la clause de *dessaisine-saisine,* par laquelle le donateur déclarait se *dessaisir* de la chose donnée et en *saisir* le donataire. Notre article sous-entend dans tous les contrats de donation la clause de *dessaisine-saisine,* qui opère une tradition *de droit,* et déclare qu'il n'y aura pas besoin d'*autre tradition.* Cela revient à dire que le consentement des parties, exprimé dans la forme légale, suffit, indépendamment de la tradition, pour transférer au donataire la propriété de la chose donnée. Cpr. art. 1138.

Et toutefois, on le conçoit facilement, pour que le seul consentement des parties, manifesté dans la forme légale, puisse ainsi rendre le donataire propriétaire, il faut nécessairement que la donation ait pour objet un *corps certain.* Le donataire ne saurait évidemment s'affirmer propriétaire que quand il peut dire : « Voilà la chose qui m'appartient, *aio hanc rem esse meam* ». Si donc la donation a pour objet une somme d'argent ou une chose déterminée quant à son espèce seulement, comme un cheval *in genere,* vingt hectolitres de froment, il n'y aura translation de la propriété au profit du donataire que lorsque la chose aura été déter-

minée individuellement, d'un commun accord entre les parties. Cet accord se produira le plus souvent au moment même de la tradition: aussi dit-on quelquefois que c'est la tradition qui transfère en pareil cas la propriété : ce qui n'est pas complètement exact; car la détermination peut précéder de quelque temps la tradition, et, dès qu'elle sera faite, la propriété sera transférée.

477. B. Comment le donataire devient-il propriétaire à l'égard des tiers? On entend ici par *tiers* tous ceux qui ont intérêt à contester l'efficacité de la donation, et qui ne sont pas tenus de la respecter comme ayant cause universels du donateur, par exemple celui au profit duquel le donateur aurait hypothéqué l'immeuble donné, postérieurement à la donation, ou celui auquel il l'aurait vendu.

Il y a lieu de distinguer, pour résoudre la question dont il s'agit, si la donation a pour objet un meuble ou un immeuble.

478. a. — *La donation a pour objet un meuble.* On applique ici de tous points les règles du droit commun, la loi n'y ayant pas dérogé.

L'application de ces règles, qui seront étudiées sous les art. 1141 et 1690, conduit ici aux résultats suivants :

α. S'agit-il d'un meuble *corporel?* Le donataire en devient propriétaire à l'égard des tiers, de même qu'à l'égard du donateur, par le seul effet de la donation, sauf l'application de l'art. 1141. Voyez *infra* l'explication de cet article.

β. S'agit-il d'un meuble incorporel, par exemple d'une créance? Le donataire n'en est saisi à l'égard des tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690, c'est-à-dire par la notification de la donation au débiteur ou par l'acceptation que celui-ci en fait dans un acte authentique. Cette règle souffre cependant exception pour les créances constatées par des titres au porteur : au point de vue de la translation de propriété à l'égard des tiers, ces créances sont assimilées à des objets mobiliers corporels, et on applique par conséquent les mêmes principes. Elle souffre également exception pour les effets de commerce négociables par la voie de l'endossement; le donataire d'un semblable effet en devient propriétaire *erga omnes* par un endossement régulier. Quant au transfert des titres nominatifs des sociétés commerciales ou à forme commerciale, il faut n'y voir qu'une simplification du procédé organisé par le code civil pour la cession des créances ordinaires.

479. b. — *La donation a pour objet un immeuble.* Le donataire ne devient propriétaire à l'égard des tiers, au moins quand il s'agit d'un immeuble susceptible d'hypothèque, que par la transcription de la donation. La transcription est la copie littérale d'un titre sur un registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques. L'art. 939 indique d'une manière suffisante ce qu'il faut faire transcrire et où la transcription doit être faite : « *Lorsqu'il y aura donation de biens sus-* » *ceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation* » *et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu* » *lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans* » *l'arrondissement desquels les biens sont situés* ».

Notre article n'exige la transcription que lorsque la donation a pour objet des biens *susceptibles d'hypothèques*. L'accomplissement de cette formalité n'est donc jamais nécessaire, si la donation a pour objet un meuble ; car les meubles ne sont pas dans notre droit des biens susceptibles d'hypothèques (art. 2118 et 2119), et elle ne l'est pas toujours quand la donation a pour objet un immeuble ; car les immeubles ne sont pas tous susceptibles d'hypothèques (art. 2118). Ainsi il n'y aurait pas lieu de faire transcrire, d'après l'art. 939, une donation ayant pour objet une servitude ou un droit d'usage ou d'habitation ; car ces biens ne sont pas susceptibles d'hypothèques. Arg. art. 2118.

Et nous croyons, contrairement à l'opinion générale, que cette solution n'a pas cessé d'être exacte même depuis la promulgation de la loi du 23 mars 1855. L'art. 2-1° de cette loi soumet, il est vrai, à la transcription : « *Tout acte* constitutif... de » servitude d'usage et d'habitation », disposition qui, dans sa généralité, peut paraître comprendre même les actes à titre gratuit. Mais on lit dans l'art. 11 al. final : « Il n'est point *dérogé* aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription » des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre ; elles » continueront à recevoir leur exécution ». Or la loi de 1855 dérogerait évidemment aux dispositions du code civil relatives à la transcription des donations, si elle assujettissait à la transcription des donations que le code civil en dispensait.

480. La transcription est requise dans un but de publicité. Elle est destinée à porter la donation à la connaissance des tiers qui contracteront à l'avenir avec le donateur : il leur suffira, pour en être instruits, de consulter le registre des transcriptions, qui est public. Ainsi le propriétaire d'un immeuble en fait donation à Paul en s'en réservant l'usufruit ; puis il me propose de me le vendre. Avant de conclure, la prudence me commande d'aller consulter le registre des transcriptions de la conservation hypothécaire dans le ressort de laquelle l'immeuble est situé. De deux choses l'une : — Ou bien la donation a été transcrite, et alors son existence me sera dévoilée ; si malgré cela je traite et que plus tard on m'oppose la donation, je ne serai pas fondé à me plaindre, puisque j'ai connu ou pu connaître la vérité ; — Ou bien la donation n'a pas été transcrite, et alors elle ne me sera pas opposable ; si j'achète et que je fasse transcrire moi-même sans retard l'acte constatant la vente faite à mon profit, je serai préféré au donataire.

481. La formalité de la transcription a été introduite dans notre droit par la loi du 11 brumaire de l'an VII. Avant cette époque, les donations étaient assujetties à l'*insinuation*, empruntée au droit romain, et qui n'était autre chose que la copie de l'acte de donation sur les registres des greffes des tribunaux. L'insinuation n'était pas nécessaire pour la validité de la donation *entre les parties*, mais seulement pour sa validité *à l'égard des tiers*, et on comprenait les héritiers du donateur parmi les tiers. En introduisant la transcription, la loi du 11 brumaire de l'an VII laissa subsister l'insinuation, de sorte qu'à partir de cette époque les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques furent soumises à la double formalité de l'insinuation et de la transcription, les donations de meubles et celles d'immeubles non susceptibles d'hypothèques, à la formalité de l'insinuation seulement.

Notre législateur a supprimé la formalité de l'insinuation, sans doute parce qu'il l'a considérée comme faisant double emploi avec la transcription pour les donations d'immeubles, et comme constituant pour les donations de meubles une mesure de publicité inutile.

Le code civil ayant ainsi répudié l'insinuation pour s'en tenir à la transcription, il est clair que ses dispositions sur ce point doivent être interprétées par la loi à laquelle il a emprunté la transcription, celle du 11 brumaire de l'an VII, et non par les anciennes dispositions législatives qui réglementaient l'insinuation, notamment l'ordonnance de 1731. On comprend difficilement que ce point ait été discuté.

482. La transcription d'une donation peut être requise par tout intéressé. Au premier rang figure le donataire; et, comme il s'agit d'une mesure purement conservatoire, son incapacité ne fait pas obstacle à ce qu'il en requière personnellement l'accomplissement (art. 940 et arg. art. 2139 et 2194). Ici toutefois, comme ailleurs, la loi entoure les incapables de sa protection; et, pour le cas où ils ne songeraient pas à requérir la transcription des donations faites à leur profit, elle désigne certaines personnes qu'elle charge de ce soin sous leur responsabilité personnelle. On lit à ce sujet dans l'art. 940 : « *Cette transcription sera faite à la diligence du mari, lorsque les biens auront été » donnés à sa femme; et si le mari ne remplit pas cette formalité, la » femme pourra y faire procéder sans autorisation. — Lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissements » publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs » ou administrateurs* ».

Et l'art. 942 ajoute : « *Les mineurs, les interdits, les femmes mariées, » ne seront point restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations; sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il » y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même » où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables* ».

= *Les mineurs, les interdits, les femmes mariées.* Et aussi *les établissements publics.*

= *Contre leurs tuteurs ou maris.* Et généralement contre toutes les personnes que l'art. 940 charge de faire opérer la transcription. En un mot, l'art. 942 doit être interprété d'après l'art. 940.

= *S'il y échet.* C'est-à-dire si le défaut de transcription cause préjudice à l'incapable.

483. Quelles personnes peuvent se prévaloir du défaut de transcription. — « *Le défaut de transcription pourra être opposé par » toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayant-cause, et le donateur* » (art. 941).

Le principe est donc que tout tiers intéressé peut se prévaloir du défaut de transcription, à moins qu'il ne se trouve compris dans l'exception que formule la partie finale de notre article.

Cette exception s'applique :

1° *Aux personnes chargées de faire opérer la transcription.* Il est tout

simple qu'elles ne puissent pas se prévaloir de l'absence d'une formalité dont l'accomplissement était confié à leurs soins.

2° *A leurs ayant cause.*

Cette disposition comprend certainement les ayant cause universels, tels que les héritiers des personnes chargées de faire opérer la transcription. Elle semble bien comprendre aussi dans sa généralité leurs ayant cause à titre particulier, tels qu'acheteurs, créanciers hypothécaires, etc. La plupart des auteurs admettent cependant qu'elle ne peut pas leur être appliquée sans distinction; mais le but de cet ouvrage ne nous permet pas d'entrer dans les détails.

3° *Au donateur.* La transcription est une mesure de publicité, et il est indubitable que l'inaccomplissement de cette formalité ne doit pouvoir être invoqué que par ceux qu'elle avait pour but d'éclairer et qui en son absence peuvent être réputés ignorer la donation; or telle n'est pas la situation du donateur.

Les héritiers du donateur peuvent-ils invoquer le défaut de transcription? L'affirmative, qui a trouvé primitivement quelques défenseurs, est à peu près abandonnée aujourd'hui. Il y a deux raisons péremptoires pour refuser aux héritiers, et plus généralement aux ayant cause universels du donateur, le droit d'invoquer le défaut de transcription : 1° En principe, les héritiers et successeurs universels sont tenus de toutes les obligations de leur auteur, et ne sauraient avoir plus de droits que lui. *Heres et defunctus una eademque persona esse intelliguntur.* Aucun texte n'ayant ici dérogé à cette règle, elle doit recevoir son application. Les héritiers du donateur sont donc tenus de respecter la donation comme le donateur lui-même, et ne peuvent pas plus que lui se prévaloir du défaut de transcription (cpr. art. 1072); — 2° Ce droit leur était refusé par la loi du 11 brumaire de l'an VII, à laquelle notre législateur a emprunté la transcription. — Qu'importe après cela que l'ordonnance de 1731 accordât aux héritiers du donateur le droit d'invoquer le défaut d'*insinuation?* Ce n'est pas à cette source, nous l'avons déjà dit, que notre législateur a puisé. La jurisprudence a toujours résolu la question dans ce sens, et on ne peut que l'encourager à persévérer dans cette voie. Cass., 1er août 1878. Sir., 79, 1. 383.

4° A la liste que la loi donne des personnes intéressées qui ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription, il faut ajouter le donataire et ses ayant cause à titre universel et même à titre particulier. Nous l'avons déjà dit, le défaut de transcription ne peut être invoqué que par ceux dans l'intérêt desquels cette mesure de publicité a été établie; or elle ne l'a certainement pas été dans l'intérêt du donataire, qui, étant partie à l'acte, ne peut être réputé l'ignorer, et elle n'a pas davantage pour but d'éclairer ses ayant cause, même à titre particulier, mais seulement ceux du donateur. Il sera d'ailleurs fort rare que le donataire ou ses ayant cause, le donataire surtout, aient intérêt à se prévaloir du défaut de transcription, et on s'explique ainsi que la loi n'ait pas songé à les comprendre dans l'exception. La jurisprudence est en ce sens. Nancy, 27 juillet 1875, Sir., 76. 2. 129.

Toutes autres personnes intéressées peuvent invoquer le défaut de transcription. Ce droit appartient notamment :

a. Aux acquéreurs à titre onéreux du donateur. Ainsi, après avoir fait donation d'un immeuble, je le vends à une autre personne. Si la donation n'est pas transcrite, elle ne pourra pas, quoique antérieure en date, être opposée à l'acheteur, en supposant qu'il se soit lui-même

conformé aux dispositions de la loi pour rendre son droit opposable aux tiers, c'est-à-dire qu'il ait fait transcrire son titre (loi du 23 mars 1855, art. 1 et 3) ;

b. Aux acquéreurs à titre gratuit du donateur. *Non obstat* art. 1072, dont la disposition est évidemment exceptionnelle. Ainsi donc, entre deux donataires successifs du même immeuble, celui-là sera préféré qui le premier aura fait transcrire son titre, alors même qu'il serait postérieur en date, et sauf au premier donataire à attaquer la deuxième donation par l'action paulienne, si elle a été faite en fraude de ses droits : ce qui arrivera presque toujours, si elle émane du donateur lui-même; il en pourrait être autrement, si elle émanait de son héritier;

c. Aux créanciers hypothécaires du donateur.

Et aussi en principe à ses créanciers chirographaires. Limoges, 28 février 1879, Sir., 80. 2. 52.

En résumé, le droit d'invoquer le défaut de transcription appartient à tous les ayant cause à titre particulier du donateur.

Toutes les personnes dont nous venons de parler peuvent invoquer le défaut de transcription, alors même qu'elles auraient eu connaissance de la donation par une autre voie. Les tiers intéressés sont réputés ignorer la donation, tant qu'elle n'a pas été portée à leur connaissance par la voie légale qui est la transcription, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire (arg. art. 1352 al. 2). Toulouse, 19 août, 1880, Sir., 81. 2. 121.

§ III. *De la règle* Donner et retenir ne vaut.

N° 1. Des applications de cette règle.

484. Ainsi que nous l'avons déjà dit (*supra* n. 356), la règle *Donner et retenir ne vaut* paraît s'être introduite dans notre ancien droit, surtout en haine des donations. On avait voulu retenir le donateur par le frein de son propre intérêt; en l'obligeant à se dépouiller *irrévocablement,* on espérait qu'il hésiterait et finalement qu'il reculerait. Cette règle, à laquelle il est difficile de trouver un fondement juridique, a cependant été reproduite par notre législateur moderne qui en fait quatre applications dans les art. 913 à 946. Etudions-les successivement.

485. Première application. — « *La donation entre-vifs ne pourra* » *comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des* » *biens à venir, elle sera nulle à cet égard* » (art. 943).

Il résulte de ce texte que la donation de biens présents est valable, celle de biens à venir nulle. Si la donation comprend tout à la fois des biens présents et des biens à venir, elle est nulle seulement en ce qui concerne ces derniers.

Il importe donc beaucoup de savoir ce qu'il faut entendre ici par biens présents et par biens à venir.

Les biens *présents* sont ceux qui figurent dans le patrimoine du donateur au moment de la donation, ou qui doivent y entrer plus tard en vertu d'un droit alors existant. Ces biens peuvent faire, d'après notre article, l'objet d'une donation. Ainsi je puis valablement donner les fruits que mon fonds produira l'année prochaine : ce sont des biens présents *hoc sensu,* parce que j'ai dès maintenant un droit à ces fruits. Il en est de même des biens sur lesquels j'ai un droit de propriété conditionnel.

Les biens *à venir* sont ceux qui ne figurent pas dans le patrimoine du donateur au moment de la donation, et auxquels il n'a pour le moment aucun droit, même conditionnel, ceux qui ne pourront entrer dans son patrimoine qu'en vertu d'un acte dépendant de sa volonté. La donation est nulle, quand elle porte sur de semblables biens, parce que le donateur étant libre de ne pas les acquérir, la donation se trouve entièrement surbordonnée à sa volonté. *Donner et retenir ne vaut.*

Seraient nulles comme portant sur des biens à venir :

a. La donation de tel bien que le donateur se propose d'acquérir; il lui est facultatif de n'en pas faire l'acquisition, et par suite de réduire à néant la donation;

b. La donation de biens que le donateur est appelé éventuellement à recueillir en qualité d'héritier présomptif d'une personne qui n'est pas encore décédée. En effet il n'a aucun droit, même conditionnel, à ces biens : *viventis non est hereditas.* Sans doute ils rentreront de plein droit dans son patrimoine lors de l'ouverture de la succession, s'il s'y trouve appelé en vertu des dispositions de la loi (art. 711). Mais cette acquisition est surbordonnée en définitive à sa volonté ; car il dépend de lui de l'empêcher de se produire en répudiant la succession, faculté à laquelle il ne peut même pas renoncer à l'avance, en vertu de la règle qui interdit les pactes sur succession future ;

c. La donation de tous les biens que le disposant laissera à l'époque de son décès. En effet aucun des biens appartenant au donateur n'est compris dans cette donation comme bien présent, puisqu'il ne les donne que sous la condition qu'ils lui appartiendront encore lors de son décès; il se réserve donc le droit d'anéantir la donation en dissipant ces biens et en négligeant d'en acquérir d'autres. Une semblable disposition peut bien être faite par testament, parce que par cet acte on ne se dépouille pas irrévocablement; mais elle ne saurait être faite par donation entre vifs, parce que *donner et retenir ne vaut ;*

d. La donation d'une somme d'argent *à prendre sur les biens que le donateur laissera à l'époque de son décès.* Cette restriction indique en

effet que le donataire n'aura droit à la somme donnée qu'autant que le donateur laissera à son décès des biens d'une valeur suffisante pour en procurer le paiement. Le donateur se réserve donc le droit de rendre la donation inefficace en dissipant son patrimoine; le donataire n'aura même pas en ce cas d'action contre sa succession insolvable, et, si cette succession est acceptée purement et simplement, l'héritier ne sera pas tenu de payer la somme portée en la donation.

Il en serait autrement, suivant l'opinion générale, de la donation d'une somme d'argent *payable au décès du donateur*. Il est incontestable qu'on peut valablement donner une somme d'argent payable à terme; et pourquoi le terme fixé ne pourrait-il pas être la mort du donateur? En ce sens, Caen, 5 mars 1879, Sir., 80. 2. 68. On objecte que le donateur est maître de rendre la donation inutile en dissipant son patrimoine, que par suite la donation doit être nulle comme dans l'hypothèse qui précède et pour le même motif. Mais la différence est grande entre les deux cas. Quand je donne une somme d'argent *à prendre sur les biens que je laisserai à l'époque de mon décès*, je ne me dépouille pas irrévocablement; car le droit de créance que je confère au donataire est subordonné à une condition dépendant de ma volonté, savoir : que je laisserai lors de mon décès des biens d'une valeur suffisante; de sorte que, si je ne laisse rien, le donataire n'aura aucun droit, il n'aura même pas une créance nominale contre ma succession insolvable. Au contraire, quand je donne une somme d'argent *payable à mon décès*, je me dépouille actuellement et irrévocablement; car je confère immédiatement au donataire un droit de créance qu'il ne m'appartient plus de lui enlever. Si je meurs insolvable, le donataire n'en aura pas moins une créance contre ma succession, créance dont il pourra exiger le paiement de mon héritier s'il accepte purement et simplement.

* La donation d'une somme d'argent payable au décès du disposant, ne cesserait même pas d'être valable par suite de cette circonstance que les biens appartenant au donateur *lors de la donation* seraient d'une valeur insuffisante pour en assurer le paiement. Cela n'empêche pas que le donateur ne devienne actuellement et irrévocablement débiteur de la somme promise. Aussi faut-il décider que les autres créanciers chirographaires du donateur n'auraient, lors de son décès, aucun droit de préférence sur le donataire. Celui-ci viendra donc en concurrence avec eux, en cas d'insuffisance des biens du donateur (art. 2093); il leur serait même préféré, s'il avait une hypothèque. Le tout pourvu que la donation n'ait pas été faite en fraude des droits des créanciers, auquel cas ils pourraient la faire annuler (art. 1167).

* Que décider, si un même donateur a fait successivement plusieurs donations de sommes d'argent payables à son décès, et qu'à cette époque le patrimoine du disposant se trouve ne pas avoir une valeur suffisante pour payer tous les donataires? Viendront-ils tous au marc le franc? ou bien suivra-t-on l'ordre des dates des donations, en payant d'abord le donataire le plus ancien, puis celui qui vient immédiatement après, et ainsi de suite? La jurisprudence est fixée dans ce dernier sens (Caen, 5 mars 1879, Sir., 80. 2. 68). Cette solution se fonde sur les motifs suivants : — 1° Elle est seule compatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations. L'opinion contraire, d'après laquelle tous les donataires sont payés au marc le franc, permet au disposant de révoquer en partie une première donation en en faisant de nouvelles; — 2° L'art. 1083 décide que les donations de biens à venir, qui sont exceptionnellement permises en faveur du mariage (art. 1082), ne pourront recevoir aucune atteinte de donations postérieures faites par le donateur. Ce que la loi dit des donations de biens à venir, qui sont moins irrévocables que les donations ordinaires, doit évidemment s'appliquer à plus forte raison à ces dernières; — 3° Enfin

l'art. 923, qui, au cas d'atteinte portée à la réserve, ordonne de réduire les donations en commençant par la plus récente, fournit en faveur de cette solution un puissant argument d'analogie. Qu'importe en effet que la réduction des donations soit rendue nécessaire, par suite de cette circonstance qu'elles dépassent la quotité disponible, ou par suite de cette autre que les biens du donateur sont insuffisants pour payer tous les donataires ?

486. Si une donation comprend à la fois des biens présents et des biens à venir, elle est nulle à l'égard des biens à venir seulement (art. 943).

Cette solution est contraire à celle de l'ordonnance de 1731 (art. 15) qui annulait la donation tout entière, même quant aux biens présents. L'auteur de l'ordonnance avait sans doute considéré une semblable donation comme étant indivisible dans la pensée du donateur, et par suite comme ne pouvant pas être déclarée nulle pour partie seulement et valable pour le surplus. Mais la supposition contraire n'est-elle pas beaucoup plus vraisemblable ? N'est-il pas probable que le donateur a voulu, comme le dit Cujas, *utilem partem donationis non vitiari per inutilem*, que, dans sa pensée, en un mot, la donation était divisible ? Ainsi l'a jugé notre législateur.

487. Deuxième application. — « *Toute donation entre-vifs faite sous* » *des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur,* » *sera nulle* » (art. 944). Ce texte signifie en d'autres termes que la donation est nulle, lorsqu'elle est faite sous une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher : telle serait la donation qu'une personne aurait consentie sous cette condition *si je me marie*.

C'est ce qu'il reste à démontrer.

Les conditions, dans l'accomplissement desquelles la volonté du donateur joue un rôle, peuvent être classées en trois catégories :

1° La condition *purement potestative*, qui dépend de la seule volonté du donateur, *ex mero arbitrio donatoris*. C'est la condition *si voluero* ou toute autre équivalente, par exemple *si je lève le bras;*

2° La condition dont la réalisation dépend de la volonté du donateur et du hasard ; nous l'appellerons condition *potestative*. Tel serait le cas où le donateur aurait subordonné la donation à la condition *qu'il aille à Paris*, ou *qu'il se marie*. Des circonstances indépendantes de sa volonté peuvent l'empêcher de mettre à exécution son projet, et en ce sens la réalisation de la condition dépend dans une certaine mesure du hasard ;

3° La condition dont la réalisation dépend de la volonté du donateur et de celle d'une autre personne *déterminée*. Par exemple si le donateur a subordonné la donation à la condition *qu'il épouse telle personne*. Dans l'art. 1171, le législateur désigne cette condition sous le nom de condition *mixte*.

Qu'une donation soit nulle quand elle est faite sous une condition *purement potestative* de la part du donateur, sous la condition *si voluerit*, c'est incontestable. Ce qui ne le paraît guère moins, c'est que ce n'est pas à cette hypothèse que se réfère l'art. 944, bien qu'il parle de conditions dont l'exécution dépend *de la seule volonté du donateur*. Une obligation quelconque est nulle, quand elle est contractée sous une pareille condition (art. 1174), parce que ce n'est pas s'obliger que de s'obliger si l'on veut ; le législateur n'avait certes pas besoin de dire que cette règle s'applique à la donation. D'ailleurs l'art. 1086, qui autorise exceptionnellement les donations que l'art.

944 défend en principe, et qui peut servir par suite à déterminer la portée de la règle formulée par l'art. 944, parle de conditions dont l'exécution dépend de *la volonté du donateur* et non pas de *sa seule volonté*. Nous en concluons que les conditions, auxquelles fait allusion l'art. 944, ne sont pas des conditions *purement potestatives*.

Restent les conditions *potestatives* et les conditions *mixtes*.

On admet généralement que la donation est nulle, à la différence d'un contrat ordinaire, si elle est faite sous une condition *potestative* de la part du donateur. L'art. 944 a été presque littéralement reproduit de l'art. 16 de l'ordonnance de 1731; or Pothier, expliquant cet article, dit que la donation est nulle, « quand elle est faite sous une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher ».

Il y a plus de difficulté relativement aux donations faites sous une condition mixte, par exemple sous cette condition : *si le donateur se marie avec telle personne*. L'opinion générale est qu'elles sont valables. Les mots *de la seule volonté du donateur* (art. 944) ont été employés, dit-on, pour faire antithèse aux conditions dont l'exécution dépend d'*une double volonté*, celle du donateur et celle d'une tierce personne déterminée; ce sont seulement les premières qui annulent la donation. En ce sens, Douai, 25 mai 1881, Sir., 83. 2. 215. — Il nous paraît difficile d'admettre cette solution. En effet on ne voit pas trop le motif juridique de la distinction qu'on établit ici entre les conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et du hasard, et celles dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et de celle d'une personne déterminée. Dans un cas comme dans l'autre, la volonté du donateur semble jouer un rôle prépondérant, en ce sens que, si elle ne suffit pas pour faire accomplir la condition, elle suffit du moins pour la faire défaillir. J'ai donné sous la condition : *si je me marie avec telle personne*. Ma volonté suffit évidemment pour faire défaillir la condition, le mariage n'étant pas possible sans mon consentement; j'ai donc donné et retenu. Aussi finalement nous semble-t-il préférable d'assimiler ici la condition mixte à la condition potestative.

Il est sans difficulté qu'une donation peut valablement être faite sous une condition *casuelle*, c'est-à-dire sous une condition dont la réalisation dépend du hasard et nullement de la volonté du donateur (art. 1169), par exemple sous la condition de survie du donataire au donateur.

488. Troisième application. — *Elle* [la donation] *sera pareillement » nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou » charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui » seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui » devrait y être annexé* » (art. 945). De ce texte, dont la formule est un peu trop elliptique, résultent les trois propositions suivantes :

1° Le donateur peut imposer au donataire, comme charge de la donation, l'obligation de payer ses dettes présentes en tout ou en partie ;

* Et il n'est pas nécessaire que les dettes soient énumérées dans l'acte de donation ou dans un état y annexé; les mots *qui seraient exprimées soit dans l'acte...* font allusion aux dettes à venir, ainsi que cela résulte de la disjonctive *ou* et de l'esprit de la loi qui fait ici une applicatio.. de la règle *Donner et retenir ne vaut*. Serait donc valable la donation faite à la charge par le donataire de payer toutes

les dettes présentes du donateur, sans autre explication. Sauf le droit pour le donataire de se refuser à payer les dettes qui n'auraient pas date certaine antérieure à la donation (arg. art. 1328); autrement le donateur pourrait indéfiniment augmenter les charges de la donation en antidatant les nouvelles obligations qu'il contracterait.

2° Le donateur peut imposer au donataire l'obligation de payer une dette à venir, mais à la condition qu'elle soit exprimée dans l'acte de donation ou dans un état y annexé. Ainsi serait valable la donation faite à la charge par le donataire de payer une dette de 20,000 fr., que le donateur se propose de contracter. Seulement le montant de la donation sera, quoi qu'il arrive, diminué de 20,000 fr.; en d'autres termes, il faudra déduire de la donation le montant de la dette, que le donateur la contracte ou ne la contracte pas. Et en effet il y a pour le donateur faculté de révocation jusqu'à concurrence de 20,000 fr.; il a donné et retenu jusqu'à concurrence de cette somme; la donation est donc nulle dans cette mesure. Tel était notre ancien droit, et c'est au surplus ce qui résulte très nettement de l'art. 946;

3° La donation est nulle pour le tout, si elle est faite à la charge par le donataire de payer, sans limitation à un certain chiffre, les dettes à venir du donateur, par exemple les dettes de sa succession. Il y a encore ici faculté pour le donateur de révoquer la donation pour le tout; donc la donation est nulle en totalité, d'après la règle *Donner et retenir ne vaut.*

489. Quatrième application. — « *En cas que le donateur se soit » réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou » d'une somme fixe sur les biens donnés; s'il meurt sans en avoir disposé, » ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, » nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires* » (art. 946). « C'est donner et retenir, dit l'art. 174 de la coutume de Paris, quand » le donateur s'est réservé la puissance de disposer de la chose par lui » donnée ». — La donation est nulle dans la mesure où le donateur a retenu. Elle sera donc nulle pour le tout, si le donateur s'est réservé le droit de disposer de la totalité du bien donné, par exemple, dit Pothier, s'il s'est réservé la faculté d'en aliéner ce qu'il jugerait à propos. Au contraire la donation est nulle pour partie seulement, si le donateur s'est réservé le droit d'aliéner certains biens parmi ceux qu'il a donnés, ou s'il s'est réservé la faculté de disposer d'une somme fixe à prendre sur ces biens. Et remarquez qu'il n'y a pas à distinguer si le donateur a usé ou non de cette faculté. La réserve du droit de disposer est considérée comme équivalente à la disposition elle-même, et la donation est nulle dans la mesure de cette réserve. Les héritiers du donateur pourront donc réclamer l'effet ou la somme, alors même que le donateur n'en aurait pas disposé. Pareil droit appartient bien

évidemment au donateur lui-même. Si la loi ne parle que de ses héritiers, c'est parce qu'elle présume, ce qui arrivera en effet le plus ordinairement, que le donateur ne se prévaudra pas lui-même de la nullité. — Toute clause, qui aurait pour but d'empêcher l'application des règles qui viennent d'être établies, serait nulle et de nul effet.

490. Les donations faites par contrat de mariage au profit des futurs époux et des enfants à naître de leur union, ainsi que les donations faites entre époux pendant le mariage échappent, en vertu de la faveur dont la loi les entoure, aux quatre applications, qui viennent d'être indiquées, de la règle *Donner et retenir ne vaut.* C'est ce qui résulte de l'art. 947, ainsi conçu : « *Les quatre articles précédents ne s'appliquent* » *point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du pré-* » *sent titre* ».

N° 2. Des stipulations qui ne sont pas incompatibles avec la règle DONNER ET RETENIR NE VAUT

491. Les art. 949 à 952 en indiquent deux : la première est la réserve de l'usufruit des biens donnés (art. 949-950); la deuxième, le retour conventionel (art. 951-952).

I. *De la réserve de l'usufruit des biens donnés.*

492. « *Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou* » *de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des* » *biens meubles ou immeubles donnés* » (art. 949). Quand le donateur se réserve l'usufruit des biens donnés, il y a seulement donation de la nue propriété. Quand il dispose de cet usufruit en faveur d'une autre personne, il y a alors deux donations : une de la nue propriété, l'autre de l'usufruit.

Que la réserve de l'usufruit au profit du donateur ne porte pas atteinte à la règle *Donner et retenir ne vaut,* c'est bien clair; car ce que le donateur retient n'est pas la même chose que ce qu'il donne : il donne la nue propriété et il retient l'usufruit. Il en est de même de la disposition de l'usufruit des biens donnés au profit d'un tiers. Tout cela est tellement évident qu'on a quelque peine à comprendre l'utilité de l'art. 949. Sa présence dans le code reçoit une explication historique : il reproduit à peu près l'art. 275 de la coutume de Paris, ainsi conçu : « Ce n'est pas donner et » retenir quand on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à » vie ou à temps... et vaut telle donation ». Cette disposition avait sa raison d'être dans la coutume de Paris, parce que notre ancien droit coutumier, pour imprimer la sanction la plus énergique aux réserves, n'admettait pas la validité des donations faites *deducto usufructu :* on exigeait, dans le but sans doute d'entraver les donations, que le donateur se dépouillât, non seulement de la propriété, mais encore de la possession de la chose donnée. Dans notre droit actuel, aucun doute ne pouvait s'élever sur la validité de la réserve d'usufruit au profit du donateur, et en conséquence une sévère critique peut taxer l'art. 949 d'inutilité.

493. Aux termes de l'art. 950 : « *Lorsque la donation d'effets mobiliers*

» *aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera tenu, à l'expi-*
» *ration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui se trouveront en*
» *nature, dans l'état où ils seront; et il aura action contre le donateur*
» *ou ses héritiers, pour raison des objets non existants, jusqu'à concur-*
» *rence de la valeur qui leur aura été donnée dans l'état estimatif* ».

La première partie de ce texte n'a guère plus d'utilité que l'article précédent. Elle se borne à reproduire, et d'une manière incomplète, la disposition de l'art. 589, qui cependant, de l'avis de tous, doit être appliquée en totalité. Quant à la disposition finale, qui déclare le donateur avec réserve d'usufruit tenu de payer la valeur des objets qu'il ne représenterait pas à la fin de l'usufruit, d'après l'estimation faite dans l'état annexé à la donation, quelques auteurs l'ont déclarée d'une rigueur exagérée. Elle le serait en effet, si elle obligeait, comme on l'a prétendu, le donateur à payer *dans tous les cas* la valeur estimative des objets qu'il ne représente pas en nature, même quand ils ont péri par cas fortuit. Mais il serait impossible de comprendre comment le donateur avec réserve d'usufruit pourrait être tenu des cas fortuits, dont personne ne répond, *nemo præstat casus fortuitos,* dont ne répondrait pas un *vendeur* avec réserve d'usufruit, qui est moins favorable. Aussi l'art. 950 *in fine* semble-t-il devoir être restreint au cas où les meubles donnés avec réserve d'usufruit ont péri par la faute du donateur : ce que l'on supposera d'ailleurs, s'il ne fait pas la preuve du cas fortuit qu'il allègue (art. 1302). Ainsi entendue, la disposition de l'art. 950 n'offre plus rien d'injuste. Il reste cependant qu'en obligeant le donateur avec réserve d'usufruit à payer la valeur *donnée par l'état estimatif* aux objets qu'il ne représente pas en nature, on lui fait payer plus que la valeur de ces objets *lors de la cessation de l'usufruit,* les meubles perdant en général de leur valeur par le temps. Mais où est le mal? C'est une légère peine infligée au donateur pour la faute qu'il a commise, peine qu'il ne tenait qu'à lui d'éviter. Ne peut-on pas d'ailleurs justement le soupçonner d'avoir vendu, à une époque voisine de la donation, les objets qu'il ne représente pas en nature, auquel cas il aura dû en retirer une somme égale à celle portée dans l'état estimatif?

On se souvient que le donateur avec réserve d'usufruit est dispensé de donner caution (art. 601). Cette exception au droit commun est assez difficile à concilier avec le principe de l'irrévocabilité des donations.

Les règles générales de l'usufruit s'appliqueraient à l'usufruit réservé au profit du donateur, sauf les modifications dont il vient d'être parlé.

II. *Du retour conventionnel.*

494. Le donataire, devenant propriétaire du bien qui fait l'objet de la donation, le transmet à sa mort à ses héritiers. Il peut être affligeant pour le donateur qu'un semblable résultat se produise de son vivant. Le plus souvent la donation est dictée par le mobile d'une affection toute personnelle : alors le donateur préfère le donataire à lui-même, mais il se préfère aux héritiers du donataire, et il est par conséquent contraire à ses vues que, de son vivant tout au moins, le bien donné puisse passer aux héritiers du donataire. Aussi la loi permet-elle au donateur de conjurer cette éventualité en stipulant que le bien donné lui fera retour, si le donataire meurt avant lui. Cette stipulation, qui porte le nom de *retour conventionnel,* par opposition au *retour légal* (art. 351-352, 747 et 766), est réglementée par les art. 951 et 952.

L'art. 951 est ainsi conçu : « *Le donateur pourra stipuler le droit de* » *retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul,* » *soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. — Ce* » *droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul* ».

Le retour conventionnel constitue une condition résolutoire de la donation : le donataire devient propriétaire sous la condition résolutoire de la survie du donateur. L'accomplissement de cette condition ne dépendant pas de la volonté du donateur, la stipulation du droit de retour ne porte pas atteinte à la règle *Donner et retenir ne vaut.* Aussi était-elle déjà autorisée dans notre ancien droit.

La clause de retour conventionnel déroge au droit commun; c'est pourquoi elle ne peut résulter que d'une stipulation formelle insérée dans le contrat. Peu importe d'ailleurs les termes employés, pourvu qu'ils ne laissent aucun doute sur la volonté des parties contractantes d'établir cette cause de résolution. Ici comme ailleurs, la loi ne prescrit pas de termes sacramentels.

495. La stipulation du droit de retour conventionnel peut affecter différentes modalités; les plus usitées sont les suivantes, dont les deux premières seulement sont prévues par l'art. 951.

1° Stipulation du droit de retour « *pour le cas du prédécès du donataire* SEUL ». — En pareil cas le retour s'effectuera, par cela seul que le donataire mourra avant le donateur, alors même qu'il laisserait des héritiers de l'ordre le plus favorable. Ici le donateur préfère le donataire à lui-même; mais il se préfère à tous les héritiers du donataire, sans excepter ses enfants.

On devrait considérer comme ne constituant qu'une variante de la stipulation dont nous venons de parler, celle par laquelle le donateur aurait stipulé le droit de retour *pour le cas de prédécès du donataire*, sans ajouter le mot *seul* (Cass., 10 novembre 1875, Sir., 76. 1. 16), ou même la simple stipulation du droit de retour sans autre explication.

2° Stipulation du droit de retour « *pour le cas du prédécès du donataire* ET DE SES DESCENDANTS ». — Ici le donateur préfère à lui-même non seulement le donataire, comme dans l'hypothèse précédente, mais aussi tous ses descendants; le retour ne s'opèrera donc qu'autant que le donataire et tous ses descendants seront morts avant le donateur.

3° Stipulation du droit de retour *pour le cas du prédécès du donataire* SANS DESCENDANTS. — Cette modalité, qui n'est pas prévue par l'art. 951, sans doute parce qu'elle est peu usitée, diffère de la précédente, en ce que la présence d'un ou de plusieurs descendants du donataire au décès de celui-ci rend le retour définitivement impossible, alors même que le donateur survivrait à tous les descendants du donataire prédécédé; tandis que dans l'hypothèse précédente le donateur,

qui a survécu au donataire, verra le retour s'effectuer à son profit s'il survit en outre aux descendants du donataire.

Que faut-il entendre ici par *descendants?* Nul doute que cette expression ne comprenne les enfants et descendants légitimes ou légitimés du donataire, ces derniers alors même qu'ils auraient été légitimés depuis la donation (arg. art. 333). Comprend-elle aussi les enfants adoptifs et les enfants naturels? Question de fait plutôt que de droit, qui, en cas de contestation, devra être résolue par le juge. Il s'agit après tout de rechercher quelle a été sur ce point la volonté des parties contractantes; les termes dans lesquels la clause est conçue fourniront le principal élément de décision.

496. Le droit de retour, dit l'art. 951 *in fine,* ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. S'il était stipulé au profit d'une personne autre que le donateur lui-même, la clause offrirait tous les caractères d'une substitution prohibée, et par suite la disposition serait nulle tout entière. Nous reviendrons sur ce point au siège de la matière.

497. Des effets du retour conventionnel. — « *L'effet du droit de* » *retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de* » *faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges* » *et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions* » *matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas,* » *et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même* » *contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques* » (art. 952). Le retour conventionnel opère, comme on le voit, la résolution du droit du donataire. Cette résolution a lieu *ipso jure,* sans que le donateur ait besoin de s'adresser à la justice pour la faire prononcer.

Cependant, si les héritiers du donataire refusaient de restituer au donateur les biens dont la propriété lui est revenue par suite du retour, le recours aux tribunaux serait nécessaire, nul n'ayant le droit de se faire justice soi-même. Mais le juge n'aura pas alors à prononcer la résolution de la donation ; il constatera seulement l'existence de cette résolution, et ordonnera en conséquence la restitution des biens.

498. La résolution résultant de l'ouverture du droit de retour, se produit avec effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle a lieu, non seulement dans l'avenir, *ex nunc,* mais aussi dans le passé, *ex tunc.* De là plusieurs conséquences :

1° Si les biens donnés sont encore entre les mains du donataire, le donateur peut en exiger la restitution en nature, toutes les fois au moins que la donation avait pour objet un corps certain. Cette règle s'applique, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les biens donnés sont meubles ou immeubles;

Dans tous les cas, le donateur reprend les biens dans l'état où ils sont, sans pouvoir demander compte au donataire de la diminution de valeur provenant d'un usage régulier de la chose, ni à plus forte raison de celle qui résulte du seul effet délétère du temps ou d'un cas fortuit. Si la donation consistait en une somme d'argent, le donataire devrait restituer une somme égale à celle qu'il a reçue, sans que le donateur pût réclamer, ni que les héritiers du donataire pussent offrir, les biens

qui ont été achetés avec l'argent donné. Peut-être y aurait-il lieu cependant d'excepter le cas où le contrat de donation imposait au donataire un emploi déterminé que celui-ci a effectué.

2° Si le bien donné est un immeuble, toutes les aliénations et toutes les constitutions de droits réels, tels que servitudes, usufruit, hypothèques, émanées du donataire ou de ses ayant cause, tombent en vertu de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Le donateur pourra donc reprendre l'immeuble donné, franc et quitte de toutes ces charges, entre les mains du donateur quel qu'il soit.

Cette disposition est rigoureuse pour les tiers détenteurs ; mais elle n'est pas injuste ; car ils ont pu facilement prévoir le malheur qui les frappe, en consultant, comme l'exige la prudence la plus vulgaire, le titre du donataire dont ils sont les ayant cause immédiats ou médiats : l'examen de ce titre leur aurait révélé l'existence de la stipulation du droit de retour, dont il leur eût été dès lors facile de prévoir les conséquences.

Le tout, bien entendu, sauf les recours en garantie tels que de droit.

499. La règle, que le droit du donataire est résolu rétroactivement par suite du retour, souffre deux exceptions.

500. Première exception. — La loi maintient malgré le retour, et sous certaines conditions qui vont être expliquées, l'hypothèque légale de la femme du donataire sur les biens donnés. Pour comprendre cette première exception, il faut savoir qu'une femme mariée a hypothèque sur tous les immeubles de son mari pour ses droits et créances contre celui-ci (art. 2121). Cette hypothèque est dite *légale,* parce qu'elle résulte de plein droit des dispositions de la loi. Cela posé, l'hypothèque légale de la femme du donataire s'imprime sur l'immeuble donné avec stipulation du droit de retour, comme sur tous les autres immeubles de son mari (art. 2122). Sera-t-elle maintenue, si le droit de retour se réalise? D'après la règle *Resoluto jure dantis...,* elle devrait tomber, comme toutes les autres charges qui se sont assises du chef du donataire sur le bien donné. Mais précisément notre article apporte ici une exception à la règle : l'hypothèque légale de la femme sera maintenue, mais sous les trois conditions suivantes :

1° Qu'il s'agisse pour la femme du recouvrement de sa dot, ou de ses *conventions matrimoniales,* c'est-à-dire des divers avantages qui résultent pour elle de son contrat de mariage, tels qu'un préciput ;

La femme du donataire ne pourrait donc pas exercer son hypothèque légale *sur le bien donné* pour le recouvrement de ses autres créances contre son mari, par exemple pour le recouvrement de la créance du prix d'un propre aliéné.

2° Que les autres biens du mari donataire soient insuffisants ;

En d'autres termes, l'hypothèque dont il s'agit n'est que *subsidiaire* sur le bien donné. La femme doit discuter préalablement les autres biens de son mari, et ce n'est qu'autant que leur insuffisance est démontrée par le résultat de cette discussion qu'elle peut exercer son hypothèque légale sur le bien donné.

3° Que la donation ait été faite par le contrat de mariage, d'où résultent les droits et hypothèques dont il vient d'être parlé. En faisant la donation par le contrat de mariage même du donataire, le donateur est censé avoir voulu qu'au cas de retour le bien donné fût affecté, au moins subsidiairement, à la garantie des différentes créances résultant pour la femme de ce contrat, du moins de celles relatives à sa dot et à ses conventions matrimoniales.

Mais ce n'est là qu'une présomption, à l'application de laquelle le donateur pourrait échapper en expliquant dans le contrat qu'il entend que les biens lui retournent francs et quittes de toute hypothèque du chef du donataire, même de l'hypothèque légale de sa femme; comme aussi, en sens inverse, le donateur pourrait déclarer qu'il entend donner à l'hypothèque légale de la femme du donataire sur les biens donnés plus d'extension que ne lui en accorde l'art. 952. par exemple que cette hypothèque garantira toutes les créances de la femme contre son mari, sans exception, ou qu'elle ne sera pas subsidiaire.

Si le bien, donné par le contrat de mariage du donataire avec stipulation du droit de retour, est mobilier, il n'est pas affecté, même subsidiairement, échéant le cas du retour, au paiement des créances résultant pour la femme du donataire de son contrat de mariage. En effet les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques (art. 2118); et, pour qu'ils pussent être affectés d'un privilège au profit de la femme, il faudrait une disposition législative qui n'existe pas (arg. art. 2095).

501. Deuxième exception. — L'application rigoureuse de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis,* conduirait à décider que le donateur peut réclamer, outre le bien donné, la restitution des fruits perçus par le donataire ou ses descendants jusqu'à l'ouverture du droit de retour. Mais on est d'accord, bien que la loi ne le dise pas formellement, pour reconnaître que les ayant cause du donataire sont dispensés de cette restitution. Le donateur n'a droit aux fruits du bien donné qu'à dater de la réalisation de l'événement qui donne ouverture au retour.

On a toutefois produit un mauvais argument en faveur de cette excellente solution, en invoquant à son soutien les art. 549 et 550 qui permettent au possesseur de bonne foi de conserver les fruits par lui perçus. Ces articles supposent un possesseur, qui n'est pas propriétaire et qui possède en vertu d'un titre translatif de propriété, infecté de certains vices qu'il ignore. Telle n'est pas la situation du donataire qui nous occupe. Il est propriétaire, sous condition résolutoire, il est vrai, et propriétaire en vertu d'un titre *non vicié;* car on ne peut pas considérer la stipulation du droit de retour comme un vice du titre, et en tout cas ce ne serait pas un vice ignoré du donataire. Les art. 549 et 550 sont donc ici hors de cause. Le droit, que l'on reconnaît au donataire ou à ses ayant cause, de conserver les fruits perçus jusqu'à l'ouverture du droit de retour, se justifie : 1° par un argument tiré de l'art. 962; 2° par cette considération que telle a été vraisemblablement l'intention du donateur. A quoi l'on peut ajouter, d'une part, que la résolution ne produit pas en général son effet quant aux jouissances du temps passé, et d'autre part, que la solution contraire aurait eu souvent pour résultat de faire succomber les héritiers du donataire sous le poids de restitutions écrasantes.

Le donataire soumis au droit de retour, ayant le droit de jouir du bien donné, a

par cela même le droit de l'administrer. Aussi le donateur, exerçant le droit de retour, doit-il respecter les actes d'administration accomplis par le donataire.

502. Le donateur peut renoncer à son droit de retour, soit après l'ouverture de ce droit, soit même avant, car il ne s'agit pas d'un droit de succession, et il ne peut être question d'appliquer la règle qui défend de renoncer à une succession non ouverte (art. 791). Conformément aux règles du droit commun, la renonciation du donateur peut être expresse ou tacite. Parmi les cas de renonciation tacite, un des plus remarquables est celui qui résulte du concours du donateur à la vente du bien donné, consentie par le donataire; la participation du donateur à l'acte de vente ne peut guère s'expliquer autrement que par l'intention de renoncer à son droit de retour.

* **503.** Dans le silence de la loi, la prescription du droit de retour demeure soumise aux règles du droit commun : ce qui conduit aux solutions suivantes.

Contre les héritiers du donataire ou de ses descendants, le donateur peut agir pendant trente ans, à compter du jour où le droit de retour s'est ouvert. La prescription de dix ans de l'art. 1304 n'est pas applicable ici, parce que cet article n'est relatif qu'aux actions en *nullité* ou en *rescision;* or le donateur n'agit ni en nullité ni en rescision. La donation étant résolue de plein droit, il se trouve avoir à exercer tantôt une action en revendication, tantôt une action personnelle en restitution.

Contre les tiers détenteurs des biens donnés, l'action du donateur pourra se trouver éteinte avant l'expiration du délai dont il vient d'être parlé. En effet, s'il s'agit de meubles, l'action du donateur sera la plupart du temps paralysée par la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre:* et, s'il s'agit d'un immeuble, le tiers détenteur pourra invoquer, suivant les cas, soit la prescription de trente ans (art. 2262), soit celle de dix à vingt ans s'il a juste titre et bonne foi (art. 2265). La prescription aura pour point de départ, dans l'une et l'autre hypothèses, l'entrée en possession du tiers détenteur. On a objecté qu'avec cette solution l'action du donateur contre les tiers détenteurs pourra se trouver prescrite avant l'ouverture du droit de retour, avant par suite que le donateur n'ait pu agir : ce qui est contraire à l'équité et à la règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Mais d'abord, c'est une question fort douteuse que celle de savoir si la règle qui vient d'être citée reçoit son application dans notre droit actuel. En tout cas, le donateur ne se trouve pas dans la situation en vue de laquelle cette règle a été introduite; car, ayant un droit conditionnel avant l'événement qui donne lieu au retour, il peut faire des actes conservatoires (art. 1180) et par conséquent interrompre la prescription qui le menace.

504. Parallèle entre le retour légal et le retour conventionnel.

1° Le retour légal a sa source dans les dispositions de la loi, qui ne l'établit qu'au profit de certaines personnes (art. 351, 747, 766). Le retour conventionnel naît de la convention des parties, et peut être stipulé par tout donateur.

2° Le retour légal ne peut être exercé qu'à la charge de respecter les aliénations et les constitutions de droits réels émanées du donataire. Au contraire, le donateur, exerçant le droit de retour conventionnel, reprend les biens donnés francs et quittes de toutes charges consenties par le donataire ou établies de son chef.

3° Le donateur ou ses descendants, exerçant le droit de retour légal, ne peuvent pas réclamer d'indemnité pour les détériorations imputables au donataire. Il en est autrement du donateur exerçant le droit de retour conventionnel.

4° Le retour légal constitue un titre successif : c'est pour ce motif qu'on l'appelle quelquefois retour *successoral;* aussi celui qui exerce ce droit de retour doit-il contribuer *pro modo emolumenti* au paiement des dettes de la succession du donataire. Au contraire, le donateur, qui exerce le droit de retour conventionnel, reprend le

bien donné à titre de propriétaire, et ne contribue nullement au paiement des dettes de la succession du donataire.

On voit qu'à divers points de vue le retour conventionnel est plus avantageux pour le donateur que le retour légal; aussi l'ascendant donateur stipule-t-il souvent le retour conventionnel.

SECTION II

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE VIFS

505. Il existe trois causes de révocation des donations. L'art. 953 les indique dans les termes suivants : « *La donation entre-vifs ne » pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous » lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de » survenance d'enfants* ».

La règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs signifie que le sort de la donation doit être indépendant de la volonté du donateur (*supra* n. 356). Par conséquent l'exception à la règle ne peut consister que dans la possibilité pour le donateur de détruire la donation par l'effet de sa volonté. Or c'est ce qui n'a lieu dans aucun des cas prévus par l'art. 953. L'inexécution des conditions, ou mieux des *charges* de la donation, est un fait indépendant de la volonté du donateur. Il en est de même de l'ingratitude du donataire. Et quant à la survenance d'enfants, si elle dépend dans une certaine mesure de la volonté du donateur, elle dépend bien plus encore d'une volonté supérieure à la sienne. Il s'ensuit que le législateur n'aurait pas dû présenter les trois cas de révocation dont il s'agit comme des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs, ainsi qu'il le fait dans la rubrique de notre section.

§ I. *De la révocation pour cause d'inexécution des conditions.*

506. La donation entre vifs pourra être révoquée, dit l'art. 953, » pour cause d'inexécution des *conditions* sous lesquelles elle aura été » faite ». Par *conditions* la loi entend ici les *charges,* qui accompagnent la donation et qui, ainsi que le dit Demante, « en sont en effet la condition, en ce sens que le maintien de la donation dépend de leur accomplissement ». Le contrat de donation est de sa nature *unilatéral,* c'est-à-dire qu'il ne produit d'obligations que d'un seul côté, *ex uno latere,* du côté du donateur (art. 1103). Il devient *bilatéral* ou *synallagmatique,* quand il impose des charges au donataire, parce qu'il y a alors obligation des deux côtés, *ex utroque latere* (art. 1102). Aussi notre article lui applique-t-il alors la règle générale écrite dans l'art. 1184 al. 1, aux termes duquel : « La condition résolutoire est » toujours sous-entendue dans les contrats *synallagmatiques,* pour le cas » où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Ainsi je vous ai fait donation de la moitié de mon jardin, à la charge par vous d'établir à vos frais un mur de séparation entre la partie que je conserve et celle dont je me dépouille à votre profit; vous refusez de construire le mur. Je pourrai agir contre vous en révocation de la

donation, c'est-à-dire que j'aurai le droit de demander que cette donation soit *résolue*. La loi suppose que cela a été tacitement convenu entre nous: se faisant l'interprète de notre volonté, elle sous-entend dans le contrat une clause de résolution, une *condition résolutoire*, comme dit l'art. 1184, contre celle des deux parties qui manquera à son engagement.

La révocation pour cause d'inexécution des *conditions*, ou mieux des *charges*, nous apparaissant ainsi comme un cas particulier de la résolution établie par l'art. 1184, il faut en conclure qu'elle sera régie de tous points par les règles qui gouvernent cette dernière : ce qui conduit notamment aux déductions suivantes :

1° La révocation pour cause d'inexécution des charges n'a jamais lieu de plein droit; elle doit être demandée à la justice, qui ne la prononcera que *cognita causa*, c'est-à-dire s'il lui est démontré que le donataire a manqué à ses engagements en n'exécutant pas ou en exécutant mal la charge qui lui était imposée;

D'ailleurs, il ne nous semble pas nécessaire, comme on l'enseigne en général, que le donateur, préalablement à la demande en révocation, mette le donataire en demeure d'exécuter la charge. La loi ne l'exige pas; et puis la demande en révocation n'est-elle pas une mise en demeure suffisante?

2° Le juge saisi de la demande en révocation peut, suivant les circonstances, accorder un délai au donataire pour exécuter la charge (arg. art. 1184 *in fine*). Cpr. Cass., 8 juillet 1885, Sir., 88. 1. 14.

3° Au lieu de demander la révocation de la donation, le donateur peut, s'il y trouve son intérêt, exiger par les voies de droit l'accomplissement des charges imposées au donataire, sans que celui-ci puisse s'y soustraire en renonçant au bénéfice de la donation.

On comprend difficilement qu'il puisse y avoir controverse sur ce point. L'art. 1184, dont l'art. 953 n'est qu'une application particulière, est tout à fait formel. D'autre part, aux termes de l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu » de loi à ceux qui les ont faites. — Elles ne peuvent être révoquées que *de leur* » *consentement mutuel*, ou pour les causes que la loi autorise ».

Qu'importe après cela que la solution contraire triomphât dans notre ancien droit? Notre législateur s'en est écarté sur ce point, voilà tout. Qu'importe aussi que la donation implique une idée de libéralité, et qu'elle semble par suite ne pas pouvoir devenir la source d'un préjudice pour le donataire? Ce point de vue cesse d'être exact, quand, des charges ayant été imposées au donataire, il y a *negotium mixtum cum donatione*. La donation devient alors un contrat intéressé de part et d'autre; et, si les charges égalent ou dépassent le profit, il y a tout simplement un contrat à titre onéreux sous le faux nom de *donation*. Le donataire doit en subir les conséquences; car il est lié par son consentement.

507. Par qui peut être demandée la révocation pour cause d'inexécution des charges. — Ce droit appartient au donateur, non seulement lorsque la charge doit lui profiter, mais aussi lorsqu'elle doit profiter à un autre. Le tiers, au profit duquel la charge a été

établie, n'aurait que le droit d'en poursuivre l'exécution (arg. art. 1121), mais non celui de demander la révocation de la donation pour cause d'inaccomplissement de la charge.

Il est sans difficulté que l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges passe, après la mort du donateur, à ses héritiers ou ayant cause. Il ne paraît pas non plus contestable qu'elle puisse être exercée par les créanciers soit du donateur, soit de ses héritiers, agissant en vertu de l'art. 1166.

* **508.** Contre le donataire ou ses héritiers, l'action en révocation peut être exercée pendant trente ans à dater du jour où elle est née (arg. art. 2262). L'action dure en principe le même temps contre les tiers détenteurs des biens donnés. Toutefois le tiers détenteur, au profit duquel la prescription acquisitive se serait accomplie avant l'expiration de ce délai, peut l'opposer au donateur. La prescription acquisitive demeure d'ailleurs soumise ici aux règles du droit commun.

509. Effets de la révocation pour cause d'inexécution des charges. — Ce sont ceux de la condition résolutoire accomplie. Une fois la révocation prononcée, il faut donc considérer la donation comme n'ayant jamais eu lieu (arg. art. 1183 al. 1), et par suite le donataire comme n'ayant jamais été propriétaire des biens donnés. *Dominium revocatur ut ex tunc, non ut ex nunc.* De là il suit que toutes les aliénations consenties par le donataire, et tous les droits réels qui se sont assis de son chef sur le bien donné, sont anéantis par voie de conséquence, conformément à la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* C'est ce que dit en substance l'art. 954 : « *Dans le cas de la* » *révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront* » *dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques* » *du chef du donataire; et le donateur aura, contre les tiers déten-* » *teurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le dona-* » *taire lui-même* ». Que les tiers qui subissent le contre-coup de la révocation ne se plaignent pas; ils auraient pu aisément en effet lire dans l'avenir. En consultant le titre de propriété du donataire, ce que commandait la prudence la plus vulgaire, il leur eût été facile de découvrir le germe de ruine qu'il contenait, et de prévoir les conséquences que cette ruine pouvait entraîner.

D'ailleurs les tiers, contre lesquels doit rejaillir la révocation, peuvent échapper à ses conséquences en offrant d'accomplir la charge à laquelle le maintien de la donation est subordonné; comme ayant cause du donataire, ils sont autorisés à exercer tous les droits de celui-ci. Et toutefois cette faculté ne leur appartiendrait pas, si la charge était de telle nature que, dans l'intention du donateur, elle dût nécessairement être remplie par le donataire en personne : ce qui, en cas de difficulté, est une question de fait à résoudre par les tribunaux.

La règle, que la révocation pour cause d'inexécution des charges opère avec effet rétroactif, conduit logiquement à décider que le donataire atteint par cette révocation doit restituer avec le bien tous les fruits qu'il en a retirés. Mais plusieurs auteurs rejettent cette conséquence, qui est, on ne saurait en disconvenir, extrêmement

rigoureuse, et autorisent le donataire à conserver tous les fruits par lui perçus. On peut dire en faveur de cette solution, à l'appui de laquelle on a invoqué beaucoup de mauvaises raisons, que la résolution, en règle générale, ne produit pas d'effet quant aux jouissances du temps passé.

Les impenses que le donataire aurait faites sur le bien donné devraient lui être bonifiées conformément aux règles du droit commun. Cpr. Cass., 22 juin 1887, Sir., 87. 1. 244.

§ II. *De la révocation pour cause d'ingratitude.*

510. La révocation pour cause d'ingratitude n'est pas, comme la révocation pour cause d'inexécution des charges, fondée sur une condition résolutoire tacite. On ne peut guère supposer en effet que le donateur se soit réservé implicitement dans le contrat le droit de révoquer la donation pour le cas où le donataire se montrerait ingrat. Si l'ingratitude du donataire était entrée dans les prévisions du donateur, il n'aurait pas fait la donation. La révocation dont il s'agit a donc exclusivement sa source dans la loi, qui l'inflige à titre de peine au donataire ingrat. « Les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, dit Pothier, outre le caractère de malice commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractère particulier de malice qui est l'ingratitude, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particulière; et il n'y en a pas de plus naturelle que de dépouiller le donataire des bienfaits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé ». La révocation qui va nous occuper a donc un caractère pénal; c'est dire que les dispositions législatives qui la régissent doivent recevoir l'interprétation restrictive.

511. Quelles donations peuvent être révoquées pour cause d'ingratitude. La cause de révocation qui nous occupe peut atteindre en principe toutes les donations, même les donations rémunératoires, les donations mutuelles et les donations onéreuses. La loi sous-entend ici l'énumération qu'elle donne dans l'art. 960 au sujet de la révocation pour cause de survenance d'enfant, qui a été organisée plus complètement parce qu'elle avait été l'objet d'une sollicitude toute particulière de la part du législateur dans notre ancien droit.

La règle ne comporte qu'une seule exception, formulée par l'art. 959 dans les termes suivants : « *Les donations en faveur de mariage ne seront* » *pas révocables pour cause d'ingratitude* ». Les donations en faveur du mariage ne s'adressent pas seulement à l'époux donataire; elles sont faites aussi en vue de son conjoint, qui profitera pendant la durée du mariage de l'augmentation de bien-être procurée par la donation, et en vue des enfants à naître du mariage, qui trouveront plus tard le bien donné dans la succession du donataire. Si l'ingratitude de l'époux donataire avait pu entraîner la révocation de semblables donations, le bien repris par le donateur aurait été perdu, non seulement

pour le donataire, mais aussi pour son conjoint et ses enfants, et sa faute aurait ainsi rejailli sur des innocents. Voilà pourquoi notre article soustrait les donations dont il s'agit à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude. Les travaux préparatoires de la loi ne laissent aucun doute sur ce point.

* Ce motif ne se rencontre plus, lorsque la donation en faveur du mariage a été faite par l'un des futurs époux à l'autre. La révocation de la donation pour cause d'ingratitude du donataire ne rejaillirait plus ici sur des innocents, puisque, le donateur étant l'autre conjoint, c'est lui qui reprendra le bien, à la suite de la révocation, et que les enfants nés du mariage le retrouveront plus tard dans sa succession. Aussi la majorité des auteurs, appliquant l'adage *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio,* et faisant prévaloir cet argument sur celui que fournit en sens contraire la généralité des termes de la loi, estiment-ils que les donations, faites par l'un des futurs époux à l'autre en faveur du mariage, échappent à l'exception établie par l'art. 959, et demeurent par conséquent soumises à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude. Solution qui, au point de vue moral, est excellente, puisqu'elle ne laisse pas impunie l'ingratitude du donataire dans le cas précisément où elle est le plus odieuse. Après variations, la jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée en ce sens (voyez notamment Cass., 17 février 1873, Sir., 73. 1. 32); et elle ne pouvait guère admettre une autre solution, du moment qu'elle étendait à la séparation de corps la disposition de l'art. 299, qui dit en substance que l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé, perd de plein droit tous les avantages que son conjoint lui a faits *soit par contrat de mariage,* soit depuis le mariage contracté. Cette extension est principalement fondée sur la supposition, que l'art. 299 contient une révocation légale, *pour cause d'ingratitude,* des donations faites par l'époux innocent à l'époux coupable. Or, au point de vue de l'ingratitude, la situation de l'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, est exactement la même que celle de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, puisque les causes de divorce et les causes de séparation de corps sont les mêmes (art. 306). Eh bien ! si la loi, au cas de divorce ou de séparation de corps, révoque de plein droit pour cause d'ingratitude les donations faites par l'époux innocent à l'époux coupable, c'est qu'elle considère ces donations comme n'échappant pas à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude, c'est donc par conséquent qu'elle n'a pas entendu les comprendre dans l'exception établie par l'art. 959; car on ne concevrait pas que la loi révoquât de plein droit, pour cause d'ingratitude du donataire, une donation qu'elle déclare non susceptible d'être atteinte par cette cause de révocation. La conclusion est que les donations en faveur du mariage, faites par l'un des époux à l'autre, demeurent ici soumises à la règle générale, et que par conséquent la révocation peut en être demandée pour cause d'ingratitude du donataire, même en dehors de toute action en divorce ou en séparation de corps. On le voit, le système de la jurisprudence sur ce point, système qui a du moins le mérite d'être logique, peut se résumer à ceci : Les donations, faites en faveur du mariage par l'un des époux à l'autre, échappent à l'exception écrite en l'art. 959; elles sont donc révocables pour cause d'ingratitude, et elles sont même révoquées de plein droit au préjudice de l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcé. Cpr. t. I, n. 791.

512. Quelles sont les causes légales d'ingratitude. — Elles étaient très nombreuses dans notre ancien droit. Notre législateur en a considérablement rétréci le cercle; il en donne une énumération *limitative* dans l'art. 955, ainsi conçu : « *La donation entre-vifs ne*

» *pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas sui-* » *vants :* — 1° *Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;* — 2° *S'il* » *s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;* — » 3° *S'il lui refuse des aliments* ».

Si l'on compare ce texte avec l'art. 727, on voit dès le premier coup d'œil qu'il existe une grande analogie entre les causes d'ingratitude du donataire et les causes d'indignité de l'héritier. Un examen plus approfondi montre, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, que la loi autorise plus facilement la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude que l'exclusion d'une succession pour cause d'indignité. Elle est donc plus sévère pour le donataire que pour l'héritier. La raison en est, dit M. Laurent, que l'ingratitude du donataire est plus noire que celle de l'héritier, parce que le donataire tient tout du donateur, tandis que l'héritier tient son droit de la loi ou mieux du sang qui coule dans ses veines.

513. Etudions successivement les divers cas d'ingratitude prévus par notre article.

Premier cas. « *Si le donataire a attenté à la vie du donateur* ». — La loi n'exige pas ici, comme le fait en matière d'indignité l'art. 727-1°, que le donataire ait été « *condamné* pour avoir donné ou tenté de » donner la mort » au donateur. Il n'est donc pas nécessaire, pour que le donataire soit passible de la révocation pour cause d'ingratitude, que l'attentat par lui commis contre la vie du donateur ait été suivi d'une condamnation, ni même que cet attentat constitue une tentative punissable aux termes de l'art. 2 du code pénal. Mais au moins faut-il qu'il y ait eu de la part du donataire une intention coupable (argument du mot *attentat* qui désigne une action perverse). Le donataire, qui aurait donné la mort au donateur par maladresse ou imprudence, ou sous l'empire de la démence, n'encourrait donc pas la révocation. Voyez au surplus ce qui a été dit au sujet de l'art. 727-1° (*supra* n. 45).

Deuxième cas. « *S'il* [le donataire] *s'est rendu coupable envers lui* » [le donateur] *de sévices, délits ou injures graves* ». — Nous connaissons déjà le sens des mots *sévices* et *injures* (t. I, n. 676). Quant à l'expression *délits,* elle désigne ici tous les faits prévus et punis par la loi pénale. Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse de délits relatifs à la personne ou aux biens du donateur. Mais, dans tous les cas, le délit doit avoir un certain caractère de gravité qu'il appartient aux juges d'apprécier souverainement (le mot *graves* de l'art. 955-2°, s'applique aux délits aussi bien qu'aux injures) : ainsi un délit de chasse, commis par le donataire sur les propriétés du donateur, ne devrait pas être considéré comme une cause de révocation de la donation.

Troisième cas. « *S'il lui refuse des aliments* ». — Il résulte implicitement de cette disposition que le donataire doit des aliments au donateur, puisqu'il peut être privé du bénéfice de la donation pour avoir refusé de lui en fournir.

Il faut qu'il y ait *refus* du donataire : ce qui suppose une demande formée par le

donateur, et une demande légale, par conséquent une sommation. De plus, il faut que le refus du donataire ne soit pas fondé : il le serait si le donateur n'était pas dans le besoin, ou si ses prétentions en ce qui concerne le montant de la pension alimentaire étaient évidemment exagérées. Le donataire pourrait, en pareil cas, sans refuser les aliments en principe, demander que le montant en fût fixé par la justice. D'après quelle base le juge devra-t-il opérer cette fixation? On enseigne en général qu'il ne peut pas allouer au donateur une pension supérieure aux revenus du bien donné. Mais cette limitation nous paraît, comme à M. Laurent, complètement arbitraire, et nous préférons décider que le juge a toute latitude pour la fixation de la pension. Sauf au donataire à cesser de la servir quand il aura presté sous forme d'arrérages une valeur équivalente à celle du bien donné; car alors il a restitué au donateur tout ce qu'il avait reçu de lui, et la dette de reconnaissance dont il est tenu ne peut pas l'obliger à faire davantage. D'ailleurs, à partir de ce moment, le refus du donataire de fournir des aliments au donateur n'a plus de sanction possible, puisqu'il ne peut plus être question de révoquer une donation qui par le fait a cessé d'exister.

On enseigne généralement que le refus du donataire de fournir des aliments au donateur serait fondé, si celui-ci a des parents ou alliés en état de lui en fournir. C'est supposer tout à fait gratuitement (car la loi ne le dit pas) que l'obligation alimentaire dont est tenu le donataire n'est que subsidiaire. Nous préférerions appliquer la solution, que nous avons indiquée d'une manière générale, t. I, n. 597, et qui consiste à laisser au juge, dans le silence de la loi, le soin de décider *ex æquo et bono* quel est celui des divers débiteurs tenus de la dette alimentaire qui devra la payer.

Tels sont les seuls cas dans lesquels il peut y avoir lieu à la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. Et, comme la question de savoir si le donataire se trouve dans l'un de ces cas donne nécessairement lieu à une appréciation, comme d'autre part la révocation constitue pour le donateur un droit, auquel il faut lui laisser la faculté de renoncer en pardonnant au donataire ingrat, la loi décide avec raison que la révocation devra être demandée à la justice, décision qu'elle applique aussi à la révocation pour cause d'inexécution des charges. « *La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou* » *pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit* », dit l'art. 956.

514. Du délai dans lequel doit être intentée l'action en révocation pour cause d'ingratitude. — « *La demande en révocation* » *pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année à compter du* » *jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le* » *délit aura pu être connu par le donateur* » (art. 957 al. 1).

Il suffit au donataire, qui soutient que l'action en révocation n'est plus recevable, de prouver qu'il s'est écoulé une année depuis le jour où le donateur a *pu connaître* le délit, sauf au donateur à prouver de son côté qu'en fait il n'en a pas eu connaissance et que par suite le délai n'a pas pu courir contre lui.

515. A qui appartient l'action en révocation pour cause d'ingratitude. — Cette action, qui rentre dans la catégorie de celles que les Romains appelaient *vindictam spirantes,* offre un caractère tout particulier de personnalité. Il en résulte :

1° Que les créanciers du donateur ne peuvent pas l'exercer de son chef (art. 1166 *in fine*);

2° Qu'elle s'éteint par la mort du donataire, et ne peut plus être exercée contre ses héritiers.

Mais l'action, commencée contre le donataire, pourrait-elle être suivie contre ses héritiers, si le donataire était mort *pendente lite?* On ne faisait nulle difficulté pour admettre l'affirmative dans notre ancien droit, par application de la règle romaine : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.* L'art. 957 al. 2 ne contredit pas cette solution; car il dispose seulement que la révocation ne peut pas être *demandée* contre les héritiers du donataire : ce qui ne paraît pas s'opposer à ce que l'action commencée soit *continuée.* Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

3° Il semblerait devoir résulter aussi du caractère de personnalité de l'action dont il s'agit qu'elle ne peut pas être exercée après la mort du donateur par ses héritiers. Et toutefois l'art. 957 al. 2, après avoir formulé cette dernière déduction, la détruit immédiatement par une disposition qui accorde en définitive aux héritiers du donateur les mêmes droits qu'au donateur lui-même. « *Cette révocation ne pourra* » *être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni* » *par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce* » *dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit* » *décédé dans l'année du délit* ». On voit que les héritiers du donateur peuvent agir toutes les fois qu'il est mort maître de son action; ils ont donc un droit d'action aussi étendu que celui du donateur, et par suite il ne fallait pas commencer par établir en principe qu'ils ne peuvent pas agir.

516. Des effets de la révocation pour cause d'ingratitude. — Ils sont réglés par l'art. 958, ainsi conçu : « *La révocation pour* » *cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le* » *donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu* » *imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur* » *à l'inscription qui aura été faite de l'extrait de la demande en révoca-* » *tion, en marge de la transcription prescrite par l'article* 939. — *Dans* » *le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur* » *des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, et les fruits, à* » *compter du jour de cette demande* ».

Deux propositions résultent de ce texte: 1° à l'égard des tiers, la révocation pour cause d'ingratitude ne produit pas d'effet rétroactif; du moins elle ne rétroagit qu'au jour de la demande, et encore ce résultat ne se produit-il pas toujours; 2° entre les parties, c'est-à-dire dans les rapports du donataire avec le donateur, la révocation rétroagit au jour de la donation. Développons successivement ces deux points.

517. Première proposition: *A l'égard des tiers la révocation pour*

cause d'ingratitude ne rétroagit pas; du moins elle ne rétroagit qu'au jour de la demande, et encore cette rétroactivité ne se produit pas toujours. Au contraire, nous avons vu que la révocation pour cause d'inexécution des charges a, même à l'égard des tiers, un effet rétroactif au jour de la donation, et nous verrons bientôt qu'il en est de même de la révocation pour cause de survenance d'enfant. En deux mots, à l'égard des tiers, par exemple à l'égard de celui auquel le donataire a vendu le bien donné, la révocation pour cause d'ingratitude n'a lieu que dans l'avenir, *ex nunc*, c'est-à-dire à partir de maintenant, à compter de la demande; tandis que la révocation pour cause d'inexécution des charges et la révocation pour cause de survenance d'enfant agissent non seulement dans l'avenir, mais aussi dans le passé, *ex tunc*, à partir d'alors, c'est-à-dire à partir de la donation. La raison de cette différence est que la révocation pour cause d'inexécution des charges et la révocation pour cause de survenance d'enfant sont l'une et l'autre le résultat de l'accomplissement d'une condition résolutoire, tacitement convenue dans un cas et due à la prévoyance de la loi dans l'autre ; or la condition résolutoire accomplie rétroagit (art. 1183). Au contraire la révocation pour cause d'ingratitude est une peine, et une peine ne produit d'effet que du jour où elle est prononcée, ou tout au plus du jour où la justice a été saisie de la demande tendant à en obtenir la prononciation.

Ainsi donc, à l'égard des tiers, la révocation pour cause d'ingratitude ne rétroagit pas, ou du moins elle ne rétroagit qu'au jour de la demande en révocation : ce qui n'est pas à proprement parler une rétroactivité, mais seulement une conséquence de ce principe que les parties engagées dans un débat judiciaire ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice, et que par suite, à quelque époque que le jugement soit rendu, il doit replacer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si le juge avait statué immédiatement. D'ailleurs, si la révocation n'avait produit ses effets à l'égard des tiers qu'à dater de la décision judiciaire qui la prononce, le donataire aurait pu rendre la révocation illusoire pour le donateur par des aliénations faites *inter moras litis*.

518. La révocation pour cause d'ingratitude ne produisant ses effets à l'égard des tiers qu'à compter de la demande, il en résulte que, dans ses rapports avec eux, le donataire doit être considéré comme ayant été propriétaire jusqu'au jour de la demande en révocation, et que par suite toutes les aliénations par lui consenties avant cette époque, comme aussi tous les droits réels qui se sont assis de son chef sur le bien donné, ne seront pas atteints par la révocation. Supposons par exemple que le donataire ait vendu le bien donné avant la demande en révocation; exécutée ou non, la vente tiendra, alors même que la donation serait révoquée plus tard (1).

(1) Toutefois les tiers, qui ont acquis sur le bien donné un droit de propriété ou un droit réel du chef du donataire avant la demande, pourraient être atteints par la révocation, si, lors de la demande, ils n'avaient

Ainsi donc les droits, acquis à des tiers du chef du donataire jusqu'à la demande en révocation, sont maintenus, alors même que la révocation serait prononcée plus tard. Quel sera maintenant le sort des droits acquis du chef du donataire à partir de la demande en révocation? Notre principe conduit logiquement à décider qu'ils seront considérés comme non avenus, si la révocation est prononcée. C'est en effet ce que décidait le projet. Mais on fit observer au tribunat que la révocation pourrait ainsi atteindre des tiers, qui auraient traité avec le donataire sans connaître la demande en révocation, et auxquels cependant il n'y aurait pas lieu de reprocher leur ignorance, la demande en révocation n'étant entourée d'aucune publicité. La critique était fondée; il y a été fait droit dans une certaine mesure. Il résulte de notre article que, lorsque la donation a pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques, auquel cas elle a dû être transcrite (art. 939), les tiers sont réputés ignorer la demande en révocation, tant que le donateur ne l'a pas fait inscrire en marge de la transcription de la donation, et cela alors même qu'ils en auraient eu connaissance par une autre voie. Les tiers peuvent donc traiter en toute sécurité avec le donataire, même après la demande en révocation et tant qu'elle n'a pas été rendue publique par l'inscription qu'exige l'art. 958, et dont ils peuvent facilement découvrir l'existence en consultant le registre des transcriptions, qui est public (1).

519. On voit qu'il est du plus haut intérêt pour le donateur de faire opérer le plus promptement possible l'inscription prescrite par l'art. 958; car c'est seulement à partir du moment où cette formalité sera remplie qu'il n'aura plus à redouter l'effet des aliénations ou des constitutions de droits réels provenant du chef du donataire. Cette inscription devant être faite *en marge de la* TRANSCRIPTION *de la donation,* il en résulte que, si la donation n'est pas encore transcrite, le donateur devra la faire transcrire.

520. L'inscription dont nous venons de parler n'est requise par notre article que lorsque la donation porte sur un immeuble susceptible d'hypothèques.

Dans toutes les autres hypothèses, les tiers sont réputés connaître la demande en révocation aussitôt qu'elle a été formée et indépendam-

pas encore rempli les formalités prescrites par la loi pour la conservation de leurs droits. Ainsi, en supposant que la donation ait pour objet une créance, celui auquel le donataire aurait cédé cette créance antérieurement à la demande en révocation, pourrait être atteint par la révocation s'il n'avait pas rempli, au moment où survient la demande, l'une des formalités prescrites par l'art. 1690.

(1) Toutefois, pour que les tiers puissent opposer au donateur les droits qu'ils ont acquis du chef du donataire sur le bien donné, il ne suffit pas que l'acquisition de ces droits soit antérieure à l'inscription requise par l'art. 958; il faut en outre qu'avant cette inscription ils aient eux-mêmes rempli les formalités prescrites par la loi pour la conservation de leurs droits. Ainsi, à un moment où la demande en révocation n'est pas encore inscrite, le donataire a vendu l'immeuble donné, et l'acheteur a fait immédiatement transcrire son titre. La révocation une fois prononcée, il ne pourra pas être inquiété. Il pourrait l'être au contraire, si, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'aliénation et la transcription de son titre, le donateur lui-même avait effectué l'inscription ordonnée par l'art. 958.

ment de toute publicité, conformément au système du projet, qui se trouve nécessairement maintenu pour tous les cas où il n'y a pas été dérogé : or nous venons de voir que l'art. 958 n'établit de dérogation qu'en ce qui concerne les immeubles susceptibles d'hypothèques.

Il pourra donc arriver que la révocation rejaillisse sur des tiers, qui, avec la plus entière bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance d'une demande en révocation dont rien ne leur a révélé l'existence, ont acquis du donataire des droits sur le bien donné. Ainsi, la donation portant sur un objet mobilier corporel, le donataire a vendu cet objet après la demande en révocation ; au moment où la révocation est prononcée, la vente n'est pas exécutée : le donataire est encore en possession de la chose. Le donateur pourra la reprendre au préjudice de l'acheteur, fût-il de bonne foi. Si la vente est exécutée, le donateur ne pourra pas revendiquer la chose entre les mains de l'acheteur, au moins s'il l'a reçue *de bonne foi,* c'est-à-dire ignorant la demande en révocation ; car il serait alors protégé par la règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* qui ne permet pas la revendication du propriétaire contre un possesseur de bonne foi. De même, si la donation a pour objet une créance, le donateur pourrait opposer la révocation à celui auquel le donataire l'aurait cédée postérieurement à la demande en révocation, et cela alors même qu'il aurait été mis en possession du titre de la créance.

521. En deux mots, la révocation pour cause d'ingratitude ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'*à compter du jour de la demande.* Par conséquent les droits, qu'ils ont acquis du chef du donataire antérieurement à cette époque, ne recevront aucune atteinte de la révocation qui pourra être prononcée plus tard, à la condition toutefois qu'ils se soient conformés eux-mêmes en temps utile aux prescriptions de la loi pour la conservation de leurs droits. Quant aux droits acquis du chef du donataire postérieurement à la demande en révocation, ils sont en principe considérés comme non avenus, si la révocation est prononcée. Et toutefois cette règle reçoit exception au cas où la donation a pour objet un immeuble susceptible d'hypothèques. La révocation ne peut alors produire ses effets à l'égard des tiers qu'à compter du jour où un extrait de la demande a été inscrit en marge de la transcription de la donation ; les droits acquis du chef du donataire antérieurement à cette époque seront donc maintenus, en supposant que ceux qui les ont acquis se soient conformés aux prescriptions de la loi pour leur conservation.

522. Deuxième proposition : *Entre les parties, la révocation rétroagit au jour de la donation.* Par conséquent le donataire est censé n'avoir jamais été propriétaire du bien donné. Il en résulte que le donataire doit restituer au donateur le bien donné, s'il le possède encore, avec tous les accroissements naturels qui ont pu lui survenir, tels que l'alluvion. Il en résulte encore que le donataire doit indemniser le donateur à raison des hypothèques ou autres charges réelles dont il aurait grevé le bien donné et que le donateur serait tenu de respecter par

application de l'art. 958 al. 1. Au cas d'aliénation, « le donataire sera » condamné à restituer *la valeur des objets aliénés, eu égard au temps* » *de la demande...* ».

Ce qu'il faut entendre en ce sens que la somme à payer par le donataire devra être égale à la valeur que l'objet donné aurait eue au temps de la demande, si la donation n'avait pas été faite. Il faudra donc faire abstraction des améliorations et des détériorations provenant du fait du donataire ou de ses ayant cause. De même, si le donataire a grevé le bien donné d'une charge réelle que le donateur soit tenu de respecter, il devra payer au donateur une indemnité égale à la moins-value résultant de cette charge, calculée à l'époque de la demande.

523. L'application rigoureuse de notre règle aurait conduit à décider que le donataire ingrat, atteint par la révocation, doit restituer, avec la chose ou sa valeur, tous les fruits qu'il en a retirés jusqu'à l'époque de la demande. Mais notre législateur n'a pas voulu appliquer au donataire ingrat cette décision sévère, qu'il n'a pas hésité cependant à appliquer à l'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité (art. 729). On s'en étonnera peut-être; car la loi, comme nous l'avons dit, se montre en général plus rigoureuse pour le donataire ingrat que pour l'héritier indigne. La différence dont il s'agit ne pourrait-elle pas s'expliquer par cette considération que la demande en déclaration d'indignité sera presque toujours formée à une époque très voisine de l'ouverture de la succession, de sorte que la restitution des fruits ne s'appliquera qu'à une jouissance de courte durée; tandis que la demande en révocation pour cause d'ingratitude surviendra souvent après un long espace de temps écoulé depuis la donation, auquel cas l'obligation pour le donataire de restituer les fruits perçus pendant un grand nombre d'années, fruits qu'il aura ordinairement consommés, aurait souvent entraîné sa ruine?

§ III. *De la révocation pour cause de survenance d'enfant.*

524. Historique. — La révocation pour cause de survenance d'enfant a son origine dans la loi *Si unquam* (l. 8, C., *De revoc. donat.*, VIII, 56), qui l'établissait en vue d'un cas tout à fait particulier, celui d'une donation faite par un patron à son affranchi. Nos anciens parlements généralisèrent la disposition de cette loi en l'étendant à toutes les donations, et l'ordonnance de 1731 consacra leur jurisprudence sur ce point. Le projet du titre *Des donations* du code civil supprimait cette cause de révocation; il contenait un article ainsi conçu : « La survenance d'enfants n'opérera plus la révocation des donations, mais seulement leur réduction à la quotité disponible » (art. 60). La commission, chargée de la rédaction du projet, partageait sans doute, et elle n'avait peut-être pas tort, l'avis de Vinnius, qui pensait qu'il n'y avait rien de plus absurde, *quo nihil absurdius dici potest,* que de suspendre indéfiniment sur la tête du donataire et des tiers une semblable cause de révocation. La section de législation du consei d'Etat ne réclama pas contre cette innovation. Mais elle fut l'objet de très vives critiques au sein de l'assemblée générale dudit conseil. La révocation pour cause de survenance d'enfant y trouva d'ardents défenseurs, notamment Cambacérès; ils réussirent à faire prévaloir leurs vues. Le procès-verbal

de la séance porte : « Le conseil adopte le droit établi par l'ordonnance de 1731 ». Effectivement les art. 960 à 966, qui organisent cette cause de révocation, sont la reproduction à peu près littérale des art. 39 à 45 de l'ordonnance. L'interprétation, que ces articles avaient reçue dans notre ancien droit, devient ainsi un commentaire presque officiel des articles correspondants de cette partie du code civil.

525. Toute donation, faite par une personne sans enfant, est révoquée de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur. Telle est la révocation pour cause de survenance d'enfant. L'art. 960 en pose le principe en ces termes : « *Toutes donations entre-vifs* » *faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants* » *actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur* » *que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été* » *faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même* » *celles qui auraient été faites en faveur du mariage par autres que par* » *les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeu-* » *reront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime* » *du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant* » *naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation* ».

Et comme il aurait été à craindre que beaucoup de donateurs imprévoyants ne fussent disposés à renoncer au bénéfice de la révocation établie par notre article, et qu'une semblable clause serait bientôt devenue de style dans les actes portant donation, la loi, protégeant en quelque sorte le donateur contre lui-même, dispose que « *Toute* » *clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révo-* » *cation de la donation pour survenance d'enfant, sera regardée comme* » *nulle, et ne pourra produire aucun effet* » (art. 965).

Quel est le fondement de cette révocation ? « Celui qui n'a pas encore eu d'enfants », dit un ancien auteur, « ne connaît pas l'amour que la nature met au cœur des pères »; s'il l'eût connu, il n'eût probablement pas fait la donation. Cette raison n'est pas suffisante; car nous voyons la loi accorder le secours de la révocation à tout donateur qui n'a pas d'enfants au moment de la donation, par conséquent même à celui qui en a déjà eu, s'ils sont décédés : la survenance d'un nouvel enfant à ce donateur révoquera la donation, et cependant il connaît la force de l'amour paternel ! Il nous paraît plus vrai de dire avec Pothier : « Celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation entre vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants ; s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas ; d'où on a tiré la conséquence que la donation devait être censée contenir en soi *une cause tacite et implicite de révocation* ».

* Et toutefois, la révocation pour cause de survenance d'enfant est peut-être le résultat, moins d'une condition résolutoire *tacitement convenue entre les parties,*

que d'une condition résolutoire *imposée par la loi,* qui suppose que le donateur n'aurait pas fait la donation *si cogitasset de liberis.* En un mot, la révocation dont il s'agit est plutôt le fruit d'une condition résolutoire *légale* que d'une condition résolutoire *tacite.* Nous voyons en effet, d'une part, que cette révocation a lieu *de plein droit* (art 960), et d'autre part que le donateur ne peut pas y renoncer (art. 965); or, sur ces deux points, il en est autrement de la condition résolutoire *tacite* (art. 1184).

Nous aurons à étudier successivement : 1° quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfant ; 2° quelles sont les conditions requises pour qu'une donation soit révoquée par survenance d'enfant ; 3° comment s'opère la révocation ; 4° dans l'intérêt de qui elle est établie ; 5° quels sont ses effets ; 6° par quel délai se prescrit l'action du donateur.

N° 1. Quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfant.

526. L'art. 960 est conçu dans des termes aussi généraux que possible. Toute donation, en principe, est donc sujette à la cause de révocation qui nous occupe : par conséquent la donation manuelle comme la donation directe, la donation déguisée comme la donation faite ostensiblement. Il n'y a pas à se préoccuper non plus de l'importance de la donation; la révocation atteindra, le cas échéant, toute donation *de quelque valeur qu'elle puisse être,* dit l'art. 960, par conséquent même les donations modiques. La distinction entre les donations modiques et celles qui ne le sont pas eût été la source de procès et de décisions arbitraires. Il y aurait lieu cependant d'excepter les *présents d'usage,* que la loi ne paraît pas considérer comme de véritables donations, mais plutôt comme des charges que nos mœurs rendent obligatoires (arg. art. 852).

Notre article applique le principe, même aux donations *mutuelles* et aux donations *rémunératoires ;* il faut ajouter : et aux donations *onéreuses.*

a. On appelle *rémunératoires* les donations qui sont faites en récompense ou rémunération d'un service rendu.

Elles constituent une libéralité pour la valeur totale du bien donné, si le service en récompense duquel elles ont été faites n'est pas appréciable à prix d'argent; en ce cas, la survenance d'un enfant du donateur les révoquera pour le tout. Si au contraire le service, en rémunération duquel la donation a été faite, est appréciable à prix d'argent, il n'y a libéralité que pour ce qui excède la valeur pécuniaire du service, et par suite la donation ne sera révoquée, le cas échéant, que dans cette mesure. Nous ne disons pas, comme le font la plupart des auteurs, que la donation est alors révoquée pour le tout, sauf au donataire à exercer l'action qui lui appartenait pour le paiement de ses services; car cette action peut être éteinte par la prescription, auquel cas le donataire se trouverait sans recours contre le donateur.

b. La donation *onéreuse* est celle qui est faite sous certaines charges.

Une semblable donation ne contient une libéralité que pour ce qui excède la valeur pécuniaire des charges imposées au donataire, et par suite ne sera révoquée, le cas échéant, que dans cette mesure.

c. Enfin les donations *mutuelles* sont celles que plusieurs personnes se font réciproquement par le même acte.

Pour qu'il y ait donation, en pareil cas, il faut que chaque contractant ait été mû par l'intention de faire une libéralité à l'autre. En effet, si chacun n'a entendu donner que l'équivalent de ce qu'il a reçu, l'acte est en réalité un contrat à titre onéreux, et comme tel il échapperait à la révocation, alors même qu'il aurait été qualifié donation; car le nom que les parties donnent à un acte ne saurait en changer le caractère juridique.

* En admettant qu'il y ait donation mutuelle, chaque donation sera révocable pour cause de survenance d'enfant; notre article est formel. Mais, la donation faite par l'un des donateurs étant révoquée, l'autre tombera-t-elle par voie de conséquence? On a soutenu l'affirmative, en se fondant sur ce que les deux libéralités sont la cause l'une de l'autre : d'où il résulte, dit-on, que l'une ne saurait subsister sans l'autre. C'est oublier que la cause d'une donation ne saurait être que l'intention chez le donateur de gratifier le donataire (voyez l'explication de l'art. 1131). Si chacune des parties a été mue par une intention autre qu'une intention de libéralité, il y a, nous venons de le dire, contrat à titre onéreux, et par suite il ne peut être question de révocation. Du moment qu'on reconnaît qu'il y a donation, il faut dire que les deux donations sont indépendantes l'une de l'autre, et que par suite la révocation de l'une n'entraînera pas celle de l'autre. Cette solution devrait être appliquée *a fortiori* au cas de la révocation pour cause d'ingratitude, qui est une peine et qui ne doit atteindre que le coupable.

527. La révocation pour cause de survenance d'enfant peut atteindre même les donations *faites en faveur du mariage,* malgré les privilèges dont elles jouissent. Et toutefois notre article excepte :

1° *Les donations faites par les ascendants aux conjoints.* Ainsi la donation, qu'un père fait par contrat de mariage à son fils, ou un aïeul à son petit-fils, ne sera pas révocable pour cause de survenance d'enfant au donateur. Exception qu'il était à vrai dire inutile de formuler, puisqu'elle s'applique à un cas non compris dans la règle, les seules donations révocables pour cause de survenance d'enfant étant celles « faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de » descendants actuellement vivants dans le temps de la donation » (art. 960);

2° *Les donations faites par les conjoints l'un à l'autre.* Celui qui fait une donation à son futur époux en considération du mariage projeté, doit être considéré comme ayant entendu préférer le donataire, même à ses propres enfants. On ne peut pas raisonnablement supposer en pareil cas que le donateur n'aurait pas donné *si cogitasset de liberis,* puisqu'il fait la donation précisément à la personne à laquelle il associe son existence dans le but de procréer des enfants. A quoi l'on peut ajouter qu'il y aurait eu des inconvénients graves à ce que l'un des époux fût intéressé à ne pas avoir d'enfants.

L'exception, établie par l'art. 960 relativement aux donations que les conjoints se font l'un à l'autre, n'a trait qu'aux donations faites *en faveur du mariage*, par conséquent avant le mariage. Mais l'art. 1096 étend l'exception aux donations que l'un des époux fait à l'autre *pendant le mariage;* voyez cet article.

N° 2. Conditions requises.

528. Pour qu'une donation soit atteinte par la révocation qui nous occupe, il faut : 1° que le donateur n'eût ni enfants ni descendants légitimes à l'époque de la donation; 2° qu'il lui en survienne un.

529. Première condition. Il faut que le donateur n'eût point « d'*enfants* ou de *descendants* actuellement vivants dans le temps de la » donation » (art. 960). Bien que la loi emploie ici le pluriel, il est certain que la présence d'un seul enfant ou descendant au moment de la donation ferait obstacle à la révocation. Comme le dit la loi romaine, *non est sine* liberis, *cui vel unus filius, unave filia est* (l. 148, D., *De verb. sign.*, L. 16).

La nécessité de notre première condition s'explique aisément. Le fondement de la révocation manque, lorsque le donateur avait un ou plusieurs enfants à l'époque de la donation; en effet comment admettre que *non cogitavit de liberis?* Dira-t-on qu'il n'aurait pas donné, s'il eût prévu qu'il lui surviendrait de *nouveaux* enfants? Ce serait supposer, contre toute vraisemblance, que le donateur aura plus d'affection pour ses enfants à naître que pour ses enfants déjà nés. Comment le donateur, qui n'a pas été arrêté par la présence d'enfants déjà nés, aurait-il pu l'être par la perspective d'enfants à naître?

Ce n'est pas à dire cependant que la survenance de nouveaux enfants au donateur, qui en avait déjà lors de la donation, sera toujours sans influence sur le sort de cette donation; car cet événement pourra, en faisant baisser la quotité disponible du donateur, rendre la donation réductible. Ainsi une donation, faite par une personne ayant un seul enfant, pourra ne pas dépasser la quotité disponible du donateur, s'il ne laisse à son décès que cet unique enfant; mais elle la dépassera peut-être, et par suite elle sera réductible, si le disposant laisse trois enfants, deux autres étant survenus depuis la donation; car la quotité disponible, qui est de la moitié dans le premier cas, n'est plus que du quart dans le second.

530. Voici maintenant, au sujet de notre première condition, toute une série de questions plus ou moins controversées.

Première question. — La présence au moment de la donation d'un enfant naturel reconnu, fait-elle obstacle, comme la présence d'un enfant légitime, à la révocation pour cause de survenance d'enfant? La loi dit : « Toutes donations entre-» vifs faites par personnes qui n'avaient point d'*enfants* ou de *descendants* actuelle-» ment vivants... » Le mot *descendants* ne peut s'appliquer qu'aux descendants *légitimes;* car une personne ne peut pas avoir d'autres descendants naturels légalement connus que ses enfants (arg. art. 756 *in fine*). C'est déjà une forte présomption que le mot *enfants*, qui précède immédiatement, ne s'applique qu'aux enfants *légitimes*. Cette présomption devient presque une certitude, si l'on observe que telle était l'interprétation donnée par nos anciens auteurs à l'art. 39 de l'ordonnance, dont l'art. 960 n'est que la reproduction. Tous admettaient que la présence d'un

enfant naturel reconnu, à l'époque de la donation, ne faisait pas obstacle à la révocation par la survenance d'un enfant légitime; or, nous l'avons vu, c'est le droit établi par l'ordonnance que notre législateur a entendu adopter.

* Mais supposons que la donation ait été faite à l'enfant naturel lui-même; sera-t-elle révoquée par la survenance d'un enfant légitime? En législation, nous reconnaissons qu'il y aurait de très graves raisons pour soustraire cette donation à la révocation. Mais cette solution nous semble bien difficile à admettre en présence des termes absolus de l'art. 960. La loi ne considère pas qui est donataire, mais uniquement s'il y a ou non des enfants légitimes lors de la donation. S'il n'en existe pas, la donation est révoquée par la survenance d'un enfant, quel que soit le donataire, *lex non distinguit.*

Deuxième question. — La présence, lors de la donation, d'un enfant adoptif du donateur fait-elle obstacle à la révocation ? Cette question doit recevoir une solution négative, de même que la précédente, et elle fait peut-être encore moins de doute. La loi parle d'*enfants* ou de *descendants;* or c'est à peine si elle désigne l'adopté sous le nom d'*enfant,* et la qualification de *descendant* lui est encore moins applicable. D'ailleurs l'esprit de la loi exclut l'adopté non moins que son texte.

* Nous appliquerions d'ailleurs aux donations faites à l'adopté lui-même ce que nous venons de dire des donations faites à l'enfant naturel. *Eadem est ratio.* Elles seraient donc révoquées par la survenance d'un enfant légitime du donateur.

Troisième question. — L'enfant absent lors de la donation doit-il être assimilé à un enfant décédé? En d'autres termes, le père dont l'unique enfant est absent, et qui, dans la persuasion du décès de cet enfant, fait une donation, doit-il être considéré comme sans enfant, et la donation qu'il fait dans de semblables conditions sera-t-elle révoquée par la survenance d'un nouvel enfant? D'après la règle *Probatio incumbit ei qui agit,* le donateur, qui soutient que la donation est révoquée pour cause de survenance d'enfant, doit prouver qu'il n'avait pas d'enfant au moment de la donation; car c'est une condition nécessaire au succès de sa prétention. Or il ne fait pas cette preuve, l'enfant absent pouvant être vivant, puisque l'absence est l'incertitude entre la vie et la mort. Donc il doit être déclaré non recevable dans sa prétention. Et toutefois, ce qui jette un certain doute sur cette question, c'est que nos anciens auteurs, sous l'empire de l'ordonnance de 1731, lui donnaient une solution contraire.

531. Deuxième condition. Il faut qu'il survienne au donateur un enfant soit légitime, soit naturel, et, si c'est un enfant naturel, qu'il soit légitimé.

532. a. — *Survenance d'un enfant légitime.* Peu importe que l'enfant du donateur naisse pendant sa vie ou après sa mort. La loi dit que la donation est révoquée, même par la survenance d'un enfant *posthume.*

Ce point était controversé avant l'ordonnance de 1731. Plusieurs auteurs trouvaient inadmissible que la révocation pût se produire après la mort du donateur, c'est-à-dire à un moment où il ne peut plus acquérir aucun droit. L'objection disparaît, si l'on observe que la révocation rétroagit au jour de la donation.

La survenance d'un petit-enfant du donateur entraînerait la révocation de la donation, aussi bien que la survenance d'un enfant. — Mais, dira-t-on, comment cela peut-il arriver? La survenance d'un petit-enfant au donateur suppose nécessairement qu'il a un enfant : ce qui

rend la révocation impossible. Il faut supposer qu'à l'époque de la donation le fils unique du donateur était mort, laissant sa femme enceinte; le donateur n'avait donc alors ni enfant ni petit-enfant; du moins son petit-enfant n'était encore que conçu. Sa naissance révoquera la donation.

La solution qui précède implique que l'on ne doit pas, en matière de révocation pour cause de survenance d'enfant, considérer comme étant déjà né l'enfant qui est seulement conçu. C'est en effet ce que dit d'une manière générale l'art. 961 : « *Cette révocation aura lieu, encore* » *que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la* » *donation* ». Ainsi un homme marié qui n'a pas d'enfant, mais qui est à la veille d'en avoir un, ou même une femme mariée dont la grossesse touche à son terme, fait une donation entre vifs. Cette donation sera révoquée de plein droit par la naissance de l'enfant du donateur ou de la donatrice, survînt-elle le lendemain de la donation. Et cependant on ne peut pas dire ici que le donateur, et surtout la donatrice, *non cogitavit de liberis*. Le motif, qui a fait établir la révocation pour cause de survenance d'enfant, semble donc ne plus exister, et Pothier a raison de dire qu'en principe c'est la solution contraire qui aurait dû être admise.

La question était controversée avant l'ordonnance de 1731. Elle fut tranchée par l'art. 40 de ladite ordonnance, dont l'art. 961 est la reproduction littérale. La controverse existait surtout en ce qui concerne la donatrice, et on s'explique ainsi la présence dans le texte des mots « du donateur ou de la *donatrice* ». La disposition que nous analysons ne peut s'expliquer que par l'extrême faveur, dont le législateur de 1731 et le nôtre à sa suite ont entouré la révocation pour cause de survenance d'enfant. Ceux qui veulent justifier la loi à tout prix n'ont proposé que des motifs d'une grande faiblesse. On est réduit à dire que le donateur ou la donatrice a pu ignorer au moment de la donation la conception de l'enfant; que, l'eût-il connue, il n'a pas encore éprouvé « la tendresse que la loi met au cœur des pères », tendresse qui ne se révèle dans toute son énergie qu'à la naissance de l'enfant. *Major solet esse affectio erga filios qui jam sunt in rerum natura quam in nascituros, ut nos docet experientia optima rerum magistra,* dit Tiraqueau. Enfin on ajoute que ce n'était pas ici le cas de réputer déjà né l'enfant qui n'est encore que conçu, cette fiction n'étant admise que dans l'intérêt de l'enfant, qui exige que la révocation ait lieu.

Pour que la survenance d'un enfant légitime du donateur entraîne la révocation de la donation, il faut, dit Furgole, « que l'enfant soit venu à bon port ». Nous dirions aujourd'hui qu'il doit être né vivant et viable.

533. b. — *Survenance d'un enfant naturel.* — La survenance d'un enfant naturel du donateur n'entraîne la révocation de la donation qu'autant que cet enfant est légitimé *par un mariage subséquent* (art. 960, dernière partie). L'ordonnance ajoutait : *et non par aucune autre sorte de légitimation;* la suppression de ces mots allait de soi, puisque le

code civil ne reconnaît pas d'autre légitimation que la légitimation par mariage subséquent; aussi ne figurent-ils plus dans l'art. 960.

La partie finale de ce même article a consacré une innovation plus importante. D'après le texte de l'art. 39 de l'ordonnance, la légitimation par mariage subséquent d'un enfant naturel du donateur entraînait la révocation de la donation, alors même que l'enfant ainsi légitimé était né avant la donation. Cette disposition fut vivement critiquée par le tribunat dans les termes suivants : « La naissance de l'enfant légitime ne donnant lieu à la révocation qu'autant qu'il naît après la donation, il paraît impossible de donner plus de faveur à l'enfant naturel qui dans la suite est légitimé ». Bien que l'exactitude de cette observation fût contestable (car la naissance de l'enfant légitimé est fictivement reportée au jour du mariage qui le légitime, comme nous l'avons dit, t. I, n. 889), le législateur y a fait droit en inscrivant dans le texte les mots *s'il est né depuis la donation*. Ce changement se justifie d'ailleurs par cette considération qu'autrement la légitimation aurait pu être conférée à l'enfant, non dans son intérêt, mais dans le but unique de révoquer la donation.

En résumé, deux conditions sont ici requises pour que la révocation se produise ; il faut : 1° que l'enfant naturel soit né depuis la donation ; 2° qu'il soit légitimé.

534. Nous allons maintenant retrouver une série de questions controversées, qui sont la contre-partie de celles que nous avons étudiées au n. 530.

Première question. — L'adoption d'un enfant par le donateur peut-elle entraîner la révocation de la donation ? Doit-elle être assimilée ici à la naissance d'un enfant légitime ? La négative est presque unanimement admise en doctrine et en jurisprudence. D'abord l'adoption ne rentre pas dans les termes de la loi qui parle de la *survenance* d'un enfant, expression qui indique un fait indépendant, dans une certaine mesure au moins, de la volonté du disposant ; le donateur qui adopte un enfant peut-il dire qu'il lui est *survenu* un enfant ? D'un autre côté, permettre au donateur de révoquer la donation en adoptant un enfant, c'eût été faire dépendre le sort de la donation d'une condition potestative de sa part, contrairement à l'art. 944. Enfin la paternité fictive n'engendre pas la même affection que la paternité naturelle, et par conséquent le motif, qui a fait admettre la révocation pour cause de survenance d'enfant, n'existe plus ici, tout au moins avec la même force

Deuxième question. — Le retour de l'enfant unique du donateur, qui était absent au moment de la donation et que le donateur croyait mort, entraîne-t-il la révocation de la donation ? L'événement prouve que le donateur avait un enfant au moment de la donation, circonstance qui fait obstacle à la révocation. D'ailleurs, n'est-ce pas abuser des mots que d'appeler *survenance d'enfant* le retour d'un enfant absent ?

Sur la question de savoir si la survenance d'un enfant issu d'un mariage putatif peut révoquer une donation, voyez t. I, n. 555.

N° 3. Comment s'opère la révocation pour cause de survenance d'enfant.

535. La révocation pour cause de survenance d'enfant a lieu *de plein droit, ipso jure* (art. 960), dès que les conditions exigées par la loi pour

qu'elle se produise se trouvent réunies. — *De plein droit,* c'est-à-dire en vertu de la toute-puissance de la loi, sans le ministère du juge, et même sans que le donateur ait besoin de manifester sa volonté à cet égard. L'intervention de la justice ne serait nécessaire qu'autant qu'il y aurait contestation entre les parties sur le point de savoir si les conditions requises pour la révocation se trouvent réunies; et alors le juge, si l'affirmative lui paraît démontrée ne *prononcera* pas la révocation, mais se bornera à constater qu'elle s'est opérée en vertu des dispositions de la loi. Le donateur devrait encore recourir à la justice, si le donataire, tout en reconnaissant que la révocation s'est opérée, refusait de restituer les biens donnés. Mais ici encore le juge ne prononcera pas la révocation; il ne fera qu'ordonner l'exécution de l'obligation qu'elle entraîne pour le donataire.

L'art. 964 se borne à tirer une conséquence de notre principe : « *Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau* » *leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte* » *confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même* » *donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant par la naissance* » *duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une* » *nouvelle disposition* ».

La révocation ayant lieu de plein droit, indépendamment de toute manifestation de volonté de la part du donateur, et même malgré la manifestation qu'il aurait faite d'une volonté contraire, elle constitue un fait accompli contre lequel il n'est pas possible de revenir. Inutilement donc le donateur déclarerait-il renoncer au bénéfice de la révocation; cette renonciation ne serait autre chose qu'une confirmation de la donation, et la loi déclare toute confirmation impossible. Il ne pouvait en être autrement. La donation révoquée n'existe plus : la loi a détruit l'œuvre du donateur; à quoi pourrait donc s'appliquer la confirmation de celui-ci? On peut confirmer un acte imparfait; mais on ne confirme pas le néant; or ici nous sommes en face du néant : il n'y a plus de donation, puisque la loi l'a révoquée. Et, comme de raison, la loi n'admet pas plus la confirmation tacite que la confirmation expresse. Ainsi, la donation n'étant pas encore exécutée, on le suppose, au moment où la survenance d'un enfant en opère la révocation, le donateur l'exécute volontairement en livrant la chose donnée au donataire; ou bien, s'il l'avait déjà exécutée, il laisse le donataire en possession. La donation n'en demeurera pas moins révoquée (art. 962 1re partie). Il était plus évident encore que la mort de l'enfant, dont la naissance a produit la révocation, n'en détruirait pas les effets, et la loi aurait pu se dispenser de le dire. La révocation constitue, aussitôt qu'elle s'est produite, un droit acquis, sur lequel les événements ultérieurs doivent rester sans influence.

La conclusion qui résulte de tout cela, c'est que, si le donateur persiste dans sa volonté de gratifier le donataire, un seul moyen s'offre à lui : refaire la donation dans la forme légale, ainsi que le dit notre article.

N° 4. Dans l'intérêt de qui la révocation est établie.

536. MM. Aubry et Rau disent à ce sujet : « La révocation est établie bien moins au profit du donateur en cette qualité, que dans son intérêt comme père des enfants qui lui sont survenus et dans l'intérêt de ces derniers ». Ce n'est peut-être

pas une réponse très nette à notre question, mais il paraît difficile d'en donner une meilleure, car le législateur a enveloppé sur ce point sa pensée d'une certaine obscurité. Il a été dit et répété à satiété au conseil d'Etat que la révocation dont il s'agit est établie dans l'intérêt des enfants du donateur. Voilà une affirmation très précise. Malheureusement elle paraît démentie par les textes. Si la révocation est établie dans l'intérêt des enfants survenus au donateur, comment se fait-il qu'elle continue à subsister, même après la mort de ces enfants? comment se fait-il surtout que le père puisse disposer des biens reconquis par la révocation, même à titre gratuit, au préjudice de ces mêmes enfants? comment se fait-il enfin que les enfants n'aient droit aux biens compris dans la donation révoquée qu'en qualité d'héritiers du donateur et tout autant seulement qu'ils acceptent sa succession? Tout cela tendrait à prouver que la révocation a lieu dans l'intérêt du donateur. En définitive on ne sait ce que le législateur a voulu.

N° 5. Effets de la révocation pour cause de survenance d'enfant.

537. La révocation pour cause de survenance d'enfant produit les effets d'une condition résolutoire accomplie, c'est-à-dire qu'elle rétroagit au jour du contrat : elle a lieu *ex tunc*. La donation est donc révoquée non seulement dans l'avenir, mais encore dans le passé : elle est censée n'avoir jamais eu lieu; par suite le donateur est considéré comme n'ayant pas cessé d'être propriétaire des biens donnés, et le donataire comme n'ayant jamais eu ce titre. La loi ne formule pas ce principe; mais elle le sous-entend dans l'art. 963, qui en déduit plusieurs conséquences : « *Les biens compris dans la donation révoquée » de plein droit, rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de » toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent » demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de » la femme de ce donataire, de ses reprises ou autres conventions matri- » moniales; ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en » faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le » donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution » du contrat de mariage* ».

Ainsi donc, la donation une fois révoquée, on applique la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Par conséquent toutes les aliénations consenties par le donataire tombent : ce qui permet au donateur de revendiquer les biens donnés contre les tiers détenteurs, sauf l'application de la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre*, s'il s'agit d'objets mobiliers corporels. Tous les droits réels, qui se sont assis du chef du donataire sur le bien donné, ont le même sort; le donateur n'est donc pas obligé de les respecter. La loi n'admet même pas ici, comme elle le fait au cas de retour conventionnel (art. 952), d'exception à cette règle en faveur de l'hypothèque légale de la femme du donataire, sans qu'il soit bien facile de rendre raison de cette différence; *et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest*.

Bien plus la loi ajoute : « ce qui aura lieu quand même la donation aurait été » faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le dona- » teur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de » mariage ». Cette disposition demande à être bien comprise. Le cautionnement en principe n'est pas révoqué par la survenance d'un enfant à la caution. Ainsi je me suis porté caution de l'exécution d'un contrat de mariage; l'obligation que j'ai ainsi contractée ne sera pas révocable pour cause de survenance d'enfant. « Le cautionnement en lui-même, dit Demante, peut bien, à certains égards, être considéré comme un acte de bienfaisance, mais ce n'est pas une donation ». Si au contraire, n'ayant pas d'enfants, j'interviens à un contrat de mariage pour y faire une donation aux futurs époux ou à l'un d'eux, et que je déclare en même temps me porter caution de l'exécution du contrat de mariage, non seulement la donation sera révoquée s'il me survient un enfant, *mais il en sera de même du cautionnement qui l'accompagne.* Pourquoi cela? Parceque la loi voit dans le cautionnement un appendice de la donation, un moyen indirect et détourné de la faire valoir malgré la révocation dont elle serait atteinte, ou, si l'on veut, une renonciation déguisée au droit de profiter de la révocation pour cause de survenance d'enfant.

* **538.** Par quelle action le donateur agira-t-il pour obtenir la restitution des biens compris dans la donation révoquée? Contre le donataire, il agira par l'action personnelle; car l'action a ici sa source dans la résolution d'un contrat auquel le donataire a été partie. Il en sera de même contre les ayant cause universels du donataire, héritiers, légataires universels... Contre les tiers détenteurs des biens donnés, le donateur agira par l'action réelle. Par suite de la révocation de la donation, il est censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire du bien donné, et il agit en cette qualité, donc en revendication.

539. Poussé jusqu'à ses extrêmes conséquences, le principe, que la révocation a lieu *ex tunc,* conduirait à décider que le donataire doit restituer au donateur, avec le bien donné, tous les fruits qu'il en a retirés. Mais nous avons déjà dit qu'en général la résolution ne porte pas d'atteinte aux jouissances du temps passé. Nous en trouvons une nouvelle preuve dans la disposition de l'art. 962, ainsi conçu : « *La » donation demeurera pareillement révoquée, lors même que le donataire » serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé » par le donateur depuis la survenance de l'enfant; sans néanmoins que » le donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus, de quelque » nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou » sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par » exploit ou autre acte en bonne forme; et ce, quand même la demande » pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieure- » ment à cette notification* ». Le donataire, qui aurait appris, par toute autre voie que la notification dont parle notre article, l'événement donnant lieu à la révocation, ne deviendrait pas pour cela comptable des fruits : il est censé l'ignorer, tant qu'il n'en a pas été informé par la voie légale.

* A partir de quelle époque les tiers détenteurs des biens donnés seront-ils tenus de la restitution des fruits? La question est controversée. Nous pensons qu'il faut appliquer aux tiers détenteurs ce que la loi dit du donataire lui-même, et que par

suite, de même que celui-ci, ils ne seront comptables des fruits qu'à dater du jour où le donateur leur aura adressé la notification dont parle notre article. En effet, à défaut de cette règle, on ne pourrait leur appliquer que celle des art. 549 et 550. Mais, outre que ces articles ne paraissent pas écrits en vue de la situation qui nous occupe (car ils supposent un possesseur dont le titre est *vicié*, et ici le possesseur a un titre *résoluble*, ce qui est bien différent), leur application serait plus défavorable aux tiers détenteurs que celle de l'art. 962; car elle les obligerait à la restitution des fruits à dater du jour où ils auraient eu connaissance par une voie quelconque de l'événement qui a opéré la révocation. Sans compter que cette rigueur rejaillirait souvent sur le donataire lui-même, qui, en sa qualité de *garant*, pourrait être tenu d'indemniser les détenteurs de la perte qu'ils subissent de ce chef.

N° 6. De la prescription.

540. Aux termes de l'art. 966 : « *Le donataire, ses héritiers ou ayant-* » *cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la* » *prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance* » *d'enfant, qu'après une possession de trente années, qui ne pourront* » *commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du* » *donateur, même posthume ; et ce, sans préjudice des interruptions,* » *telles que de droit* ».

— *Sans préjudice des interruptions.* Ajoutez : *et des suspensions.*

Ce texte consacre plusieurs dérogations au droit commun, qui ne peuvent s'expliquer que par la faveur tout exceptionnelle dont la loi entoure la révocation pour cause de survenance d'enfant.

Première dérogation. — L'action, que la révocation fait naître au profit du donateur, soit contre le donataire ou ses ayant cause, soit contre les tiers détenteurs, se prescrit dans tous les cas par trente ans. Les tiers détenteurs ne pourront donc jamais opposer au donateur la prescription de dix à vingt ans de l'art. 2265.

Deuxième dérogation. — De droit commun, une action commence à se prescrire à dater du jour où elle est née. D'après cela, les trente ans, accordés pour l'exercice de l'action qu'engendre la révocation, auraient dû courir à dater de la naissance du premier enfant du donateur; car cet événement, en révoquant la donation de plein droit, fait naître l'action du donateur. Or notre article dispose que les trente ans ne courront qu'à compter de la naissance du dernier enfant, même posthume, de sorte que le point de départ de la prescription peut se trouver ainsi indéfiniment retardé. Le législateur a sans doute considéré que le donateur hésitera le plus souvent à se prévaloir lui-même de la révocation, et il a voulu, en prolongeant la durée de l'action, la mettre en quelque sorte en réserve pour ses héritiers, afin qu'ils puissent l'intenter après son décès.

* Les deux dérogations qui viennent d'être signalées, et qui constituent l'économie tout entière de l'art. 966, doivent être considérées comme applicables, vu la généralité des termes de ce texte, non seulement, comme tout le monde l'admet, aux

tiers détenteurs qui tiennent leurs droits du donataire, par exemple à ses acheteurs, mais aussi, ce que quelques-uns contestent, aux tiers détenteurs qui n'ont pas de titre ou dont le titre émane d'un autre que le donataire. Les doutes que l'on a élevés sur ce point, semblent devoir disparaître devant cette considération : que nos anciens auteurs interprétaient généralement en ce sens l'art. 45 de l'ordonnance, dont l'art. 966 est la reproduction littérale.

541. Effets de la prescription. — L'art. 966 dit très nettement qu'elle FAIT VALOIR *la donation révoquée*. C'est impossible, dit-on ; car la donation est révoquée de plein droit, ce qui la rend, comme on l'a vu, non susceptible de confirmation ; elle ne peut pas plus être confirmée par la prescription que de toute autre manière. Impossible, c'est trop dire ; car le législateur est tout puissant dans le domaine du droit. Sa toute puissance va jusqu'à manquer de logique : ce qu'il nous paraît avoir fait dans la circonstance, en autorisant dans un cas particulier la confirmation d'une donation révoquée de plein droit, c'est-à-dire du néant, disposition qui équivaut à peu près à la résurrection d'un mort.

La prescription ayant pour résultat de faire valoir la donation révoquée, il s'ensuit que le titre du donataire est conservé ou, si l'on veut, remplacé par un autre équivalent. Il demeure donc toujours *donataire*, et pourrait être soumis, le cas échéant, au rapport, à la réduction et à la révocation pour cause d'ingratitude.

CHAPITRE V

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

542. Ce chapitre est divisé en huit sections. Les deux premières sont consacrées à la réglementation de la forme des testaments. La forme est ici essentielle, car le testament est un acte solennel ; par suite il n'a pas d'existence légale, si les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées. C'est ce qui résulte de l'art. 1001, ainsi conçu : « *Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les* » *dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être* » *observées à peine de nullité* ».

Au point de vue de la forme, les testaments se divisent en testaments *ordinaires* et testaments *privilégiés*. Le testament ordinaire est le testament de droit commun ; le testament privilégié est un testament d'exception, plus simple dans la forme en général, que la loi autorise dans certains cas particuliers où elle suppose qu'il serait impossible ou tout au moins fort difficile de tester suivant les règles du droit commun.

Les dispositions des art. 967 et 968 qui ouvrent la section I, sont communes à tous les testaments, ordinaires ou privilégiés. Ils auraient été mieux à leur place dans un *proœmium* placé en tête du chapitre V et qu'on aurait pu intituler *Dispositions générales*. Etudions-les tout d'abord.

543. I. Aux termes de l'art. 967 : « *Toute personne pourra disposer* » *par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre*

» *de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa* » *volonté* ».

En droit romain, le testament ne pouvait être valable qu'à la condition de contenir une institution d'héritier : c'était la base du testament, *caput atque fundamentum totius testamenti*. Des codicilles, ne contenant pas d'institution d'héritier, mais seulement des legs ou des fidéicommis, pouvaient d'ailleurs être rattachés au testament dont ils formaient alors le complément. Ces règles furent suivies dans les pays de droit écrit. Dans les pays de coutume, au contraire, on admettait un principe tout à fait opposé : *Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut*. De là résultait que le testament ne devait pas contenir d'institution d'héritier. Cette règle était écrite dans la plupart des coutumes, et Loysel l'a formulée dans ces termes : *Institution d'héritier n'a de lieu*. Est-ce à dire que le testament était nul, s'il contenait une institution d'héritier? Quelques coutumes poussaient la rigueur jusque-là; mais la plupart maintenaient le testament, sauf à faire produire à l'institution d'héritier les effets d'un legs universel. Ce système, qui donne effet à la volonté du testateur sans tenir compte de la formule dont il s'est servi, a été reproduit par l'art. 967. Il supprime la différence admise par le droit romain et par nos pays de droit écrit entre le testament et le codicille.

544. II. Aux termes de l'art. 968 : « *Un testament ne pourra être* » *fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit* » *d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle* ».

Ce texte prohibe les testaments dits *conjonctifs*, c'est-à-dire ceux qui seraient faits par deux ou plusieurs personnes dans un seul et même acte. En d'autres termes, un seul et même testament ne peut pas contenir l'expression de la volonté de plusieurs testateurs. Quel en est le motif? Le testament est un *acte* (art. 895). Il participerait à la nature du *contrat*, s'il pouvait contenir l'expression de plusieurs volontés; car les dispositions faites par les divers testateurs dans un seul et même acte pourraient, devraient même être considérées comme étant la condition les unes des autres et comme convenues par suite entre les divers testateurs. De là résulterait pour l'acte une couleur indécise, qui rendrait difficile la détermination de son véritable caractère et de ses effets. Ainsi, en admettant la validité des testaments conjonctifs, chaque testateur conservera-t-il le droit de révoquer *ad nutum* les dispositions qu'il a faites? Si on résout la question négativement, on violera la règle que les testaments sont essentiellement révocables; si on la résout affirmativement, on violera cette autre règle que les conventions ne peuvent être révoquées que d'un commun accord (art. 1134). Il fallait, dit l'exposé des motifs, interdire une forme incompatible soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments

Notre ancien droit autorisait les testaments conjonctifs; mais les plus grandes divergences existaient sur le point de savoir quels effets ils devaient produire. C'est sans doute pour ce motif qu'ils furent proscrits par l'ordonnance de 1735, art. 77, sauf deux exceptions : la première relative aux partages faits par des ascendants

entre leurs enfants et descendants, la deuxième relative aux dispositions entre conjoints dans les pays où les époux pouvaient se faire des donations mutuelles à cause de mort. Ces deux exceptions n'ayant pas été reproduites par le législateur de 1804, la règle de l'interdiction des testaments conjonctifs demeure aujourd'hui absolue.

Pour qu'un testament tombe sous le coup de la prohibition établie par l'art. 968, il faut que deux ou plusieurs personnes aient testé *dans un seul et même acte,* c'est-à-dire *dans un contexte unique,* de telle sorte que les dispositions faites par les divers testateurs se trouvent enchevêtrées les unes dans les autres, et ne forment qu'un seul et même testament. Tel serait le cas où chaque testateur aurait écrit à tour de rôle ses dispositions, puis, l'œuvre commune une fois achevée, daté et signé le testament; tel encore le cas où deux testateurs auraient dicté à tour de rôle leurs dispositions à un même notaire, qui aurait confondu le tout en un seul et même acte. Mais deux testaments isolés, parfaits chacun de leur côté, et par lesquels deux personnes disposent l'une au profit de l'autre ou au profit d'un tiers, ne constitueraient pas un testament conjonctif. Il en serait ainsi, alors même que les deux testaments seraient écrits sur la même feuille de papier, l'un au *recto,* l'autre au *verso.*

SECTION PREMIÈRE

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS

545. Les règles que nous allons étudier dans cette section sont applicables aux testaments *ordinaires;* c'est dans la section suivante que le législateur s'occupe de la forme des testaments *privilégiés.*

« *Un testament pourra être olographe, ou fait par un acte public ou* » *dans la forme mystique* ». Ainsi s'exprime l'art. 969.

Il existe, on le voit, trois formes de testaments : le testament *olographe,* le testament *par acte public* et le testament *mystique.* Fait dans toute autre forme, un testament serait sans existence légale (arg. art. 1001).

Ainsi se trouve proscrit le testament verbal ou *nuncupatif.* Le testament nuncupatif était en usage dans notre ancien droit; il fut aboli par l'art. 1 de l'ordonnance de 1735.

* Le testament nuncupatif étant nul, ou pour mieux dire non existant, il en résulte : 1° que l'aveu fait par l'héritier, qu'il a été chargé par une déclaration verbale du défunt d'exécuter certaines dispositions de dernière volonté ne créerait aucune obligation à sa charge; 2° que le serment ne pourrait pas être déféré à l'héritier sur le point de savoir si le défunt a fait une déclaration de ce genre; *frustra probatur quod probatum non relevat;* 3° que les instructions verbales, données par le testateur relativement à l'exécution de son testament, sont de nulle valeur : toute déclaration de dernière volonté non écrite est inexistante; 4° qu'on ne peut pas recourir à la preuve testimoniale pour créer, modifier ou altérer une disposition de dernière volonté.

* Mais si un testament régulier dans la forme a été détruit par cas fortuit, la

preuve de l'existence du testament, de son contenu et de sa régularité, pourra être faite par témoins (arg. art. 1348). Cette preuve une fois faite, le testament devra être exécuté comme s'il était représenté. Ici, la volonté du défunt a été manifestée conformément à la loi, seulement la représentation du testament est impossible; on y supplée par le moyen qui vient d'être indiqué. Il en sera de même, si un testament régulier dans la forme a été détruit par le fait de l'héritier ou d'un tiers : ce qui constitue suivant les cas un délit ou un quasi-délit. En outre l'auteur de la destruction pourra être condamné à des dommages et intérêts envers ceux auxquels cette destruction cause préjudice. Arg. art. 1382 et 1383. Cass., 12 juin 1882, Sir., 83. 1. 127, et Pau, 14 février 1882, Sir., 84. 2. 129.

§ I. *Dispositions particulières à chaque espèce de testament.*

N° 1. Du testament olographe.

546. « *Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en* » *entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune* » *autre forme* » (art. 970).

Le testament olographe (de ολος, *tout entier*, et γραφειν, *écrire*) est donc celui qui est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.

Le testament olographe était admis dans les pays de coutume; il était proscrit au contraire dans les pays de droit écrit, sauf pour les dispositions faites au profit des enfants du testateur, conformément à la novelle 107. Le chancelier Michel de Marillac, auteur de l'ordonnance de 1629, tenta, au moyen de la disposition de l'art. 126 de ladite ordonnance, d'étendre aux pays de droit écrit les bienfaits du testament olographe, et d'en généraliser ainsi l'usage en France; mais ses bonnes intentions furent paralysées à peu près complètement par les parlements de droit écrit, qui refusèrent pour la plupart d'enregistrer l'ordonnance en tout ou en partie. L'ordonnance de 1735 ne modifia pas cet état de choses. Le code civil a fait ce que n'avait pu faire le chancelier Michel de Marillac; on ne peut que l'en applaudir. Le testament olographe est la forme la plus simple et la plus usitée de tester, et l'expérience n'a pas justifié les appréhensions de ses adversaires.

Les formalités, exigées pour la perfection du testament olographe, sont au nombre de trois: écriture du testateur, date et signature (art. 970).

547. 1° *Ecriture du testateur*. Le testament doit être écrit *en entier* de sa main. Par conséquent il ne suffit pas, pour pouvoir tester dans la forme olographe, de savoir *signer;* il faut savoir *écrire*.

Pothier enseigne « qu'un seul mot qui serait écrit d'une main » étrangère rendrait le testament nul, quand même ce mot serait » superflu dans te testament ». Presque tous les auteurs approuvent cette décision, quoiqu'elle soit rigoureuse. Elle peut se justifier par cette considération, que l'indépendance du testateur ne paraît plus suffisamment garantie, lorsqu'un tiers participe à la confection du testament : on peut craindre qu'il n'ait exercé quelque influence sur l'esprit du testateur. Limoges, 24 janvier 1883, Sir., 83. 2. 62.

Bien entendu, pour que l'intervention d'une personne étrangère puisse vicier le testament, le testateur doit avoir eu connaissance de cette intervention; il faut que ce

soit par son ordre, ou tout au moins de son aveu, que cette personne ait écrit quelque chose dans le testament. Il va de soi qu'un testament olographe, devenu parfait par l'accomplissement de toutes les formalités que la loi prescrit, ne pourrait pas être rendu nul par le fait d'un tiers, qui, à l'insu du testateur, viendrait y écrire quelque chose après coup. On ne pourrait plus dire que ce tiers a participé à la confection du testament : ce qu'il a écrit serait sans valeur. La question de savoir si l'écriture étrangère qui se trouve dans le testament a été apposée au su ou à l'insu du testateur, offre donc une importance capitale; elle devra être résolue en cas de difficulté par le juge du fait, qui trouvera la plupart du temps dans l'état matériel du testament des éléments certains de décision.

548. 2° *De la date.* Le testament olographe doit être daté, c'est-à-dire qu'il doit contenir l'indication du temps où il a été fait.

D'après la plupart de nos anciennes coutumes, la date n'était pas nécessaire pour la validité du testament olographe. L'ordonnance de 1735 (art. 20 et 38) l'exigea à peine de nullité, et le code civil a reproduit avec raison sa disposition sur ce point. La date offre en effet une importance capitale à plusieurs points de vue. D'abord elle est nécessaire pour que l'on puisse vérifier si le testateur était capable à l'époque de la confection du testament. D'un autre côté, lorsque le défunt laisse plusieurs testaments, il serait impossible de savoir, en l'absence de date, dans quel ordre ils ont été faits, quel est le plus ancien et le plus récent; et c'est là pourtant un point d'une extrême importance, au moins quand les divers testaments contiennent des dispositions qui ne sont pas susceptibles d'exécution simultanée; car ce sont alors les plus récentes qui s'exécutent de préférence aux plus anciennes, conformément à la règle *In testamentis novissimæ scripturæ prævalent.*

Le code civil ne dit pas ce que doit contenir la date du testament. Mais cette lacune est comblée par l'ordonnance de 1735, à laquelle notre législateur a certainement entendu se référer sur ce point. Or, d'après l'art. 38 de ladite ordonnance, la date du testament olographe doit contenir l'indication des *jour, mois et an.* Telle est d'ailleurs la signification ordinaire du mot *date.*

Peu importe du reste la formule employée par le testateur, pourvu qu'elle ne laisse aucun doute sur le jour, le mois et l'année de la confection du testament, comme s'il a écrit : « le jour de Noël 1878, le 1er de l'an 1865; le lendemain de la mort de ma femme... ». La date peut d'ailleurs être écrite en chiffres, la loi n exigeant pas qu'elle soit écrite en toutes lettres.

549. Il peut se faire que la date du testament soit inexacte, et que l'inexactitude soit démontrée. Ainsi le testament est daté de 1858, et il est écrit sur un papier timbré qui n'a été émis qu'en 1859, ainsi que le constate le millésime gravé dans le filigrane du papier. C'est l'*antidate* évidente : le cas s'est souvent présenté. Ou bien le testament est daté de 1859, et le testateur est mort en 1858. C'est la *postdate,* évidente encore. Le testament sera-t-il valable? Non. L'inexactitude dans la date équivaut à l'absence de date. Evidemment, quand le législateur exige une date, il n'entend pas se contenter d'une date quelconque; il veut une date exacte. Cass., 8 janvier 1879, Sir., 79. 1. 165, 19 mai 1885, Sir., 85. 1. 297, 11 janvier 1886, Sir., 86. 1. 337, et 20 juillet 1886, Sir., 86. 1. 412.

Il en est ainsi, soit que l'inexactitude dans la date ait été commise volontairement, soit qu'elle ait été commise involontairement par le testateur. Il y a toutefois une différence entre les deux cas. Quand l'inexactitude commise par le testateur est involontaire, elle peut être réparée, mais seulement avec des documents tirés du testament lui-même, *ex ipsomet testamento,* et non d'ailleurs, *non aliunde, non extrinsecus.* On se sert ainsi de l'une des parties du testament pour corriger l'autre, et le testament, se suffisant à lui-même, doit être maintenu (Cass., 15 décembre 1879, Sir., 80. 1. 349, 10 décembre 1883, Sir., 84. 1. 264, et 19 mai 1885, Sir., 85. 1. 297). Si au contraire l'inexactitude dans la date a été commise volontairement par le testateur, le testament est nul, alors même que des éléments puisés dans l'acte lui-même permettraient de reconstituer la date véritable. Ici le testateur a violé sciemment la loi, qui, en imposant la date, exige évidemment une date sincère. Qu'il l'ait fait, comme cela s'est vu, avec l'intention d'introduire une cause de nullité dans un testament dicté par une influence à laquelle il n'a pas su résister, ou pour tout autre motif, par exemple pour braver la loi, dans tous les cas la nullité en sera la conséquence.

Ce qui vient d'être dit de la date inexacte doit être appliqué à la date *incomplète,* par exemple celle qui indique le mois et l'année, mais non le jour, et à la date *incertaine,* par exemple celle qui est surchargée de telle façon qu'on lit deux dates à la fois. Le testament, dont la date est incomplète ou incertaine, sera donc nul, comme le testament qui n'est pas daté, sauf à réparer le vice de la date avec les indications puisées dans le testament lui-même : ce qui toutefois ne sera pas possible, s'il est démontré que le testateur a volontairement commis l'irrégularité reprochée à la date. Le testateur a sans doute voulu en pareil cas introduire une cause de nullité dans son testament ; il avait peut-être ses raisons pour cela.

550. Le législateur n'ayant pas déterminé la place que doit occuper la date, il s'ensuit qu'elle peut être mise au commencement du testament aussi bien qu'à la fin. Rien ne s'opposerait même à ce qu'elle fût placée au milieu du testament, pourvu toutefois qu'il résultât du contexte de l'acte que la date s'applique à toutes ses dispositions; autrement celles qu'il serait impossible de faire participer à la date seraient nulles. Ordinairement on met la date à la fin du testament; elle doit alors régulièrement précéder la signature. Pothier dit : « La signature doit être *à la fin de l'acte,* parce qu'elle en est le complément et la perfection ». Or la date fait partie de l'acte; donc elle doit être certifiée par la signature. Il y a cependant une tendance manifeste dans la jurisprudence à considérer le testament comme valable, lorsque la date se trouve après la signature, sur la même ligne, et même un peu au-dessous, si la signature paraît se rapporter à la date. Cette jurisprudence trouve son excuse, sinon sa justification dans cette considération : que le testament olographe constitue la forme la plus usitée de tester, que souvent il est fait par des gens peu lettrés, et qu'il convient par suite de se montrer aussi libéral que possible relativement à l'accomplissement des formalités prescrites par la loi.

551. 3° *Signature du testateur.* Elle met le sceau au testament, qui jusque-là n'est qu'un simple projet.

La signature consiste dans l'apposition du nom de famille du testateur avec ou sans ses prénoms. C'est ainsi que l'entendait l'art. 211 de l'ordonnance de 1629.

Ici encore la jurisprudence, soutenue par un grand nombre d'auteurs, se montre d'une indulgence peut-être excessive. Sa tendance est de considérer la signature mise au bas du testament comme valable, toutes les fois qu'elle est conforme à celle que le testateur avait l'habitude d'apposer dans les actes civils. On arrive ainsi à déclarer valable le testament fait par une femme mariée, quand il est signé du pré-

nom de la testatrice suivi du nom de famille de son mari, bien que régulièrement la femme doive signer de son nom de famille, qu'elle ne perd pas en se mariant. Il y a plusieurs décisions judiciaires en ce sens. En partant du même principe, la cour de Pau, dont l'arrêt a été confirmé par la cour de cassation, a refusé d'annuler le testament d'un évêque, signé J. B., *évêque de Bayonne*. Pareille décision avait déjà été rendue par le tribunal de Clermont relativement au testament du célèbre Massillon. Enfin la cour de Paris est allée jusqu'à valider un testament signé *Saint-Ange*, alors que le véritable nom du testateur était *Michallet;* mais il faut convenir que cette décision n'est pas de celles qui peuvent recommander le principe.

552. Telles sont les seules formalités auxquelles le testament olographe est soumis à peine de nullité (art. 970 *in fine*). — De là nous tirerons plusieurs déductions :

1° L'indication du lieu où le testament a été fait n'est pas nécessaire, et par suite l'erreur qui aurait été commise dans cette indication serait sans conséquence.

2° Le testament peut être rédigé en une langue quelconque. — Il peut être écrit sur papier libre, sauf l'amende qui sera due en ce cas lors de l'enregistrement du testament. — Le testateur peut se servir de l'encre ou du crayon. Besançon, 6 juin 1882, Sir., 83. 2. 147. Le testament pourrait même être valable, s'il était gravé sur une vitre avec un diamant ou charbonné sur un mur, et sauf à examiner si les circonstances, dans lesquelles a été fait un semblable testament, permettent de le considérer comme une œuvre sérieuse du testateur.

3° Le testament peut être fait sous forme de lettre missive.

Cette solution, qui est acceptée par la grande majorité des auteurs et consacrée par une jurisprudence constante (Cass., 10 février 1879, Sir., 80. 1, 117), ne va pas cependant toute seule, soit parce qu'elle est contraire à la décision de l'art. 3 de l'ordonnance de 1735, soit à cause des paroles prononcées par Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs de la loi. — Il faut, bien entendu, que la lettre missive contienne un véritable testament, et non un simple projet de testament : ce qui est une question de fait.

4° Il n'est pas nécessaire que le testateur écrive ses dispositions en une seule séance, ni même en un seul jour ; et, quand il l'aura fait en plusieurs jours, il suffira que le testament porte la date du jour où il a été parachevé ; cette date unique et la signature qui la suit s'appliquent à toutes les dispositions.

5° Le testateur peut copier un modèle rédigé par une personne de confiance, qu'il a chargée de ce soin, après lui avoir exprimé verbalement ses volontés. Il fait même œuvre de prudence en employant ce moyen, quand il ignore la loi, ou quand il n'a pas une instruction suffisante pour exprimer clairement sa volonté. En copiant le modèle qu'il a sollicité, le testateur se l'approprie.

6° Le testament olographe peut contenir des surcharges, des renvois, des ratures, sans qu'il soit nécessaire que le testateur les approuve. On est d'accord pour admettre que les dispositions de la loi du 25 ven-

tôse de l'an XI, relatives aux interlignes, ratures, surcharges, apostilles et renvois, ne sont pas applicables aux testaments olographes; elles sont spéciales aux actes notariés. Douai, 12 février 1884, et Nancy, 24 mai 1884, Sir., 84. 2. 187.

Est-il nécessaire que les renvois soient datés et signés? Non, s'ils ont été faits en même temps que le testament; ils en sont alors une partie intégrante, et la date du testament leur est applicable. Mais, s'ils sont postérieurs et qu'ils contiennent des legs, ils doivent incontestablement être datés et signés; car ils constituent une disposition *nouvelle* qui ne peut emprunter la date ni la signature du testament. Doivent-ils l'être encore, s'ils contiennent une simple explication ? La cour de cassation résout la question négativement (Cass., 22 novembre 1870, Sir., 71. 1. 104). La solution contraire serait peut-être plus conforme à la rigueur des principes.

7° Il n'est pas nécessaire que le testament contienne la mention qu'il a été entièrement écrit, daté et signé par le testateur.

553. De la force probante du testament olographe. — Le testament olographe n'est qu'un acte sous seing privé. En effet, outre que l'art. 999 lui donne formellement cette qualification, il est impossible de lui appliquer la définition que l'art. 1317 donne de l'acte authentique. De là il résulte que les héritiers du testateur, auxquels on oppose le testament olographe, peuvent méconnaître l'écriture ou la signature de leur auteur (art. 1323 al. 2), et cette simple méconnaissance aura pour résultat d'obliger les intéressés à fournir la preuve de la sincérité du titre, preuve qui se fait à l'aide de la vérification d'écritures (art. 1324).

C'est toujours au légataire, qui se prévaut du testament, qu'incombe la charge de la preuve en cas de méconnaissance des héritiers. — Toutefois une jurisprudence constante (1) admet une exception à cette règle en faveur du légataire universel, qui se trouve *saisi* aux termes de l'art. 1006 parce qu'il n'existe pas d'héritier réservataire, et qui a obtenu de la justice l'envoi en possession conformément à l'art. 1008. En pareil cas, dit-on, le légataire *possède,* et il joue le rôle de défendeur à l'action qu'intente contre lui l'héritier du défunt pour obtenir la restitution des biens de celui-ci; or, d'après un principe constant, c'est au demandeur à faire la preuve, *actoris est probare;* donc l'héritier, qui réclame la restitution des biens du défunt, devra prouver que le titre, en vertu duquel le légataire les détient, est sans valeur, parce qu'il n'a pas été écrit en entier, daté et signé par le testateur. — Sans doute l'héritier est demandeur, et à ce titre il doit prouver le fondement de sa demande; mais il le prouve en établissant que c'est lui qui est appelé à la succession *ab intestat,* en qualité de parent ou de conjoint du défunt. Le légataire, qui à son tour se prévaut du testament pour repousser la prétention de l'héritier, oppose ainsi une exception à la demande de celui-ci; et, conformément à la règle *Reus in exceptione est actor,* il doit prouver le bien-fondé de son exception : ce qu'il ne peut faire qu'en établissant la sincérité du testament. La cour de cassation admet du reste à sa théorie une exception, que M. Demolombe trouve avec raison fort compromettante : elle laisse la preuve à la charge du légataire universel, saisi et envoyé en possession, *lorsque les circonstances du fait paraissent rendre le testament suspect.*

* **554.** Le testament olographe ne cesse pas d'être un acte sous seing privé, soumis comme tel à la vérification d'écritures le cas échéant, lorsqu'il a été déposé par le testateur chez un notaire, alors même que l'acte de dépôt contiendrait la déclaration faite par le testateur *que le testament a été entièrement écrit, daté et signé de sa main.* Inutilement invoquerait-on en sens contraire l'art. 1322, aux ter-

(1) Lyon, 19 juin 1883, Amiens, 23 juin 1886, Sir., 86. 2. 247.

mes duquel : « L'acte sous seing privé, reconnu *par celui auquel on l'oppose, ou* » *légalement tenu pour reconnu,* a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héri- » tiers et ayant-cause, la même foi que l'acte authentique ». En effet cet article exige que l'acte sous seing privé ait été reconnu *par celui auquel on l'oppose* (or on l'oppose à l'héritier, et il a été reconnu par le testateur), *ou légalement tenu pour reconnu,* et il est clair qu'il ne l'est pas. Notons cependant que Pothier était d'un avis contraire, ce qui jette un certain doute sur l'exactitude de notre solution.

555. Une jurisprudence constante, soutenue par un parti important dans la doctrine, décide que le testament olographe, reconnu ou tenu pour tel, fait par lui-même foi de sa date, indépendamment des conditions prescrites par l'art. 1328 qui ne reçoit pas ici son application. Cette solution, qui était admise dans notre ancien droit, trouve son point d'appui principal dans l'art. 970 *in fine :* « il n'est assujetti à » aucune autre forme ». Or le testament olographe serait assujetti à *d'autres formes* (l'enregistrement ou le dépôt chez un notaire), si, ayant été rédigé conformément aux prescriptions de l'art. 970, il ne faisait pas foi par lui-même de sa date, qui est un des éléments constitutifs de sa validité. De là il suit notamment : 1° qu'un testament olographe révoquerait un testament par acte public de date antérieure, avec lequel il se trouverait être incompatible (art. 1036); 2° qu'entre plusieurs testaments olographes, la date indiquée par le testateur dans chaque testament servirait à régler la question d'antériorité; 3° que, si le testateur a été frappé d'incapacité pendant une certaine période de son existence, il faudra s'en tenir à la date du testament pour décider s'il a été fait en temps de capacité. — Le tout, bien entendu, sauf aux intéressés à prouver la fausseté de la date : ce qu'ils pourront faire sans avoir en aucun cas recours à l'inscription en faux.

N° 2. Du testament par acte public.

556. L'art. 971 nous en donne la définition suivante : « *Le testa-* » *ment par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en pré-* » *sence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins* ». La loi, on le voit, est plus exigeante pour les testaments que pour les actes notariés ordinaires, qui sont reçus par deux notaires sans témoins ou par un notaire assisté de deux témoins (loi du 25 ventôse an XI, art. 9). Il a sans doute paru nécessaire de multiplier ici le nombre des surveillants, afin d'assurer l'indépendance du testateur, trop souvent assiégé par l'intrigue et la cupidité.

Le code civil ne contient pas, en ce qui concerne les testaments par acte public, un système complet de législation spéciale; c'est ainsi qu'il ne parle pas de la date de ces testaments ni de la signature du notaire. Aussi est-on d'accord pour admettre que le code civil ne se suffit pas ici à lui-même; il doit être complété par la loi générale qui régit les actes notariés, la loi du 25 ventôse de l'an XI. Bien entendu, cette loi ne devra être appliquée que sur les points qui n'ont pas été réglementés d'une manière spéciale par le code civil : c'est l'application de la règle *Specialia generalibus derogant.* En d'autres termes, la loi du 25 ventôse de l'an XI ne devra être appliquée aux testaments par acte public que dans celles de ses dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé explicitement ou implicitement par le code civil.

Les principales sont : celle de l'art. 6, qui défend à un notaire d'instrumenter en dehors de son ressort ; celle de l'art. 12, relative notamment à la date de l'acte ; celle de l'art. 13, concernant l'obligation d'écrire les actes en un seul contexte... ; celles des art. 15 et 16, relatives aux renvois, apostilles, surcharges, interlignes et additions dans le corps de l'acte, et celle de l'art. 14, en ce qui concerne seulement la signature du notaire ou des notaires, mais non la signature du testateur et des témoins, qui est spécialement réglementée par le code civil.

I. *Forme du testament par acte public.*

557. Les formalités spéciales, prescrites par le code civil en ce qui concerne les testaments par acte public, sont relatives à la dictée, à l'écriture, à la lecture du testament, à la mention de ces formalités, enfin à la signature du testament. Elles sont réglementées par les textes suivants.

Art. 972. *Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. — S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur, et écrit par ce notaire. — Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins. — Il est fait du tout mention expresse.*

Art. 973. *Ce testament doit être signé par le testateur : s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.*

Art. 974. *Le testament devra être signé par les témoins ; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire.*

Toutes les formalités prescrites par ces articles le sont à peine de nullité (art. 1001) ; il importe donc de les étudier avec soin.

A. *De la dictée.*

558. « Dicter, c'est prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps » (dictionnaire de l'académie). Les actes notariés ordinaires ne sont pas assujettis à la formalité de la dictée ; le notaire peut les rédiger chez lui, sur des notes qu'il a prises en conversant avec le client. Il en est autrement du testament par acte public. Le testateur doit dicter ses dispositions, ce qui en garantit la spontanéité. Le vœu de la loi ne serait pas rempli si le testateur s'était borné à répondre affirmativement à des interrogations que le notaire lui aurait adressées, et le testament devrait être annulé : ce qui n'exclut pas cependant le droit et même le devoir pour le notaire d'adresser des questions au testateur, qui lui dicte ses dispositions, pour inviter celui-ci à éclaircir sa pensée lorsqu'elle ne paraît pas suffisamment nette. Cass., 13 juin 1882, Sir., 82. 1. 472, et 6 décembre 1886, Sir., 87. 1. 165.

Quand le testament est reçu par deux notaires, ils doivent assister tous deux à la dictée : « Il *leur* est dicté », dit l'art. 972. Les témoins doivent aussi être présents. La dictée peut d'ailleurs être faite en une langue autre que la langue française; mais il faut alors que le notaire et les témoins comprennent l'idiome dans lequel s'exprime le testateur.

La dictée constitue une formalité substantielle du testament par acte public. Cpr. Caen, 17 novembre 1884, Sir., 85. 2. 171.

Il en résulte qu'un muet ne pourrait pas tester en cette forme, alors même qu'il serait en mesure d'exprimer très nettement sa pensée par le langage des signes ou par l'écriture (arg. art. 1001).

B. *De l'écriture.*

559. Le testament doit être écrit par le notaire, ou par l'un des notaires s'il y en a deux; dans ce dernier cas, ils peuvent tenir la plume à tour de rôle. Le testament serait nul, à la différence d'un acte notarié ordinaire, s'il était écrit par une autre personne, par un clerc par exemple : ce qui toutefois ne s'applique pas au *préambule.*

Le notaire doit écrire le testament *tel qu'il lui est dicté* (art. 972), et sauf à rectifier cependant les incorrections de langage du testateur.

Ce qui doit être reproduit fidèlement, c'est surtout la pensée du disposant. La loi fait du notaire qui tient la plume le secrétaire du testateur, mais elle ne lui défend pas d'être un secrétaire intelligent. Cass., 13 juin 1882, Sir., 82. 1. 472.

La cour de cassation a décidé avec raison que le notaire peut écrire les dispositions qui lui sont dictées sur papier libre et les transcrire ensuite sur timbre, pourvu, bien entendu, que le tout soit fait en présence du testateur et des témoins. Cpr. Cass., 17 juillet 1884, Sir., 85. 1. 127.

Si le testateur parle une langue autre que la langue française, comment procèdera le notaire? Il semble difficile de donner ici satisfaction, d'une part à l'art. 972 qui exige que le testament soit écrit *tel qu'il est dicté,* et d'autre part à un arrêté des consuls du 24 prairial an XI, ayant force de loi, qui prescrit d'écrire tous les actes publics en français, sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome des parties quand elles le réclament. Toutefois, si l'on observe que la nullité est attachée à la violation de l'art. 972 (art. 1001), tandis qu'elle ne l'est pas à la violation de l'arrêté du 24 prairial an XI, on se trouve naturellement conduit à s'attacher *principalement* à l'observation de l'art. 972. Nous conseillerions donc au notaire, dans l'espèce proposée, d'écrire le testament *tel qu'il lui est dicté,* c'est-à-dire dans l'idiome du testateur, et de faire à mi-marge une traduction du testament en français; et, en cas de divergence entre le texte et la traduction, c'est au texte que la préférence nous semblerait devoir être accordée. Cette manière de procéder, qui respecte l'arrêté du 24 prairial an XI dans la mesure du possible, nous paraît à la fois plus simple et plus juridique que celle qui est conseillée par les auteurs, et qui consiste à écrire le testament en français (ce qui oblige le notaire à traduire mentalement à mesure qu'il écrit), sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome du testateur, traduction dont il est donné lecture au testateur en présence des témoins et qui ne constitue pas le véritable testament, car, en cas de divergence, c'est au texte français

qu'on s'en tient. Il est vrai que cette manière de procéder est conforme à une circulaire du grand juge du 4 thermidor an XII ; mais, outre que cette circulaire est adressée aux notaires de Bruxelles, elle n'a pas en tout cas force de loi. On ne peut se dissimuler d'ailleurs que la marche qu'elle conseille offre un très grave inconvénient : c'est que le testateur ne peut contrôler que la traduction dont il lui est donné lecture, de sorte que, si le notaire a mal interprété sa pensée dans le texte français, le testateur ne pourra pas faire réparer l'erreur, et en définitive sa volonté ne sera pas exécutée.

C. *De la lecture.*

560. Dans tous les cas, le testament doit être lu au testateur *en présence des témoins* (art. 972). Il y aurait nullité, si lecture du testament avait été donnée au testateur et aux témoins séparément.

La loi ne disant pas par qui la lecture doit être faite, et bien que le notaire semble tout naturellement désigné pour cet office, il paraîtrait difficile de prononcer la nullité du testament sur ce fondement que la lecture en aurait été donnée par une autre personne que le notaire, par un clerc par exemple. Il faut même admettre, quoique ce point soit plus délicat, que le vœu de la loi serait rempli, si la lecture du testament était donnée à haute voix par le testateur lui-même, le notaire et les témoins étant présents : ce qui permettrait à un sourd, qui n'est pas muet, de tester par acte public ; autrement il ne le pourrait pas, incapable qu'il est d'entendre la lecture du testament. La jurisprudence paraît se former en ce sens Paris, 21 février 1879, Sir., 79. 2. 150.

Le testament doit être lu *en entier* à peine de nullité. Arg. art. 1001. D'où il résulte que, si, après lecture faite du testament, le notaire y ajoutait une nouvelle disposition dictée par le testateur, sans en donner lecture, le testament serait nul tout entier.

D. *De la mention des formalités ci-dessus.*

561. Le testament doit contenir la mention expresse *qu'il a été dicté par le testateur, qu'il a été écrit par le notaire ou par l'un des notaires tel qu'il a été dicté, et qu'il en a été donné lecture au testateur en présence des témoins* (art. 972 *in fine*). La mention a pour but d'assurer l'accomplissement des formalités prescrites. Le notaire, qui ferait une fausse mention, se rendrait coupable d'un faux en écritures publiques et deviendrait comme tel passible de la peine des travaux forcés à perpétuité (C. pén. art. 146). Il est donc à peu près certain qu'une formalité a été remplie, lorsque le notaire l'affirme par une mention expresse ; il jouerait trop gros jeu en faisant une affirmation contraire à la vérité. La garantie de l'honneur du notaire était la plus forte de toutes ; c'est celle que le législateur a choisie.

C'est le plus souvent pour défaut de mention ou pour mention insuffisante que les testaments par acte public sont annulés. On aurait tort de blâmer les tribunaux de la sévérité qu'ils déploient en cette matière, car c'est le respect dû à l'autorité de la loi qui inspire leurs décisions. Le blâme doit remonter plutôt au législateur, qui a peut-être dépassé la juste mesure de la rigueur à l'endroit des formalités. Combien de testaments ont été annulés, qui étaient cependant l'expression fidèle de la volonté des testateurs ?

Citons quelques espèces.

La mention relative à l'écriture du testament par le notaire, et conçue dans ces termes : « Le présent testament... a été *passé et rédigé* par moi, notaire... », a été trouvée insuffisante et le testament qui la contenait annulé. Elle ne prouve pas en effet que le testament ait été *écrit* par le notaire ainsi que l'exige l'art. 972; le testament peut avoir été *rédigé* par le notaire et *écrit* par un autre que lui : *rédiger* indique une opération de l'esprit; *écrire,* une opération de la main.

De même la cour de cassation juge insuffisante la mention relative à la lecture du testament, quand elle est ainsi formulée : *Le testament a été lu au testateur et aux témoins.* Cette mention ne prouve pas, dit la cour, que les témoins étaient présents lors de la lecture faite au testateur, comme l'exige à peine de nullité l'art. 972 (arg. art. 1001); on peut soutenir, *sans incriminer le notaire de faux,* que le testament a été lu au testateur et aux témoins séparément.

Est-ce à dire que la mention doive être faite exactement dans les termes employés par la loi ? C'est assurément le plus prudent; mais ce n'est pas chose nécessaire, car nous n'avons pas de termes sacramentels dans notre droit. Il suffit que la mention prouve d'une manière indubitable l'accomplissement de la formalité prescrite, quels que soient d'ailleurs les termes dans lesquels elle est conçue. Cpr. Cass., 10 janvier 1888, Dall. pér., 1888, 1. 56.

La mention doit être *expresse* (art. 972); par suite il ne suffirait pas qu'on pût induire de l'ensemble des clauses du testament que la formalité a été remplie. Une chose, dit la cour de cassation, peut bien résulter implicitement des clauses d'un acte, mais de cet ensemble la chose ne peut pas résulter d'une manière expresse.

Au surplus, la loi n'ayant pas indiqué la place que la mention doit occuper, il en résulte que cette place est indifférente, pourvu bien entendu que la mention vienne avant les signatures.

E. *De la signature du testament.*

562. Nous avons à parler successivement de la signature du testateur, de celle des témoins et de celle du notaire ou des notaires.

a. *Signature du testateur.* Le testament doit être signé par le testateur (art. 973). Si le testateur ne sait pas signer ou s'il ne le peut pas, il doit le déclarer au notaire. La déclaration, faite par le testateur, qu'il ne sait pas *écrire,* ne satisferait pas au vœu de la loi; car il peut ne pas savoir écrire et savoir signer. Si le testateur sachant signer a déclaré qu'il ne le savait pas, cette fausse déclaration équivaut à un refus de signer, refus qui peut d'ailleurs s'expliquer quand le testateur a été victime d'obsessions, et par suite le testament est nul. Il ne suffit pas que le testateur ait déclaré au notaire ne savoir ou ne pouvoir signer; le notaire doit mentionner cette déclaration. Il doit mentionner en outre la cause qui empêche le testateur de signer.

Cpr. Cass., 13 août 1883, Sir., 84. 1. 56.

Cette cause est suffisamment indiquée, quand la mention porte que le testateur a déclaré *ne savoir signer,* mais non, en général du moins, par la mention portant que le testateur a déclaré *ne savoir écrire;* car il peut savoir signer quoiqu'il ne sache pas écrire. A moins qu'il ne résulte du contexte du testament que le mot *écrire* a été pris dans le sens de *signer.* La cour de cassation considère la mention, que le testateur a déclaré *ne savoir ni lire ni écrire,* comme équivalente de la mention qu'il a déclaré ne savoir signer.

La mention que *le testateur a déclaré ne pouvoir signer* serait insuffisante comme

ne faisant pas connaître la cause qui l'a empêché de signer; il faut ajouter que le testateur n'a pas pu signer à cause de sa faiblesse, de sa cécité... Mais il paraît difficile, vu le silence de la loi, d'exiger à peine de nullité que la cause soit déclarée par le testateur lui-même; il suffit qu'elle soit indiquée par le notaire. Pas de nullité sans texte.

La loi exigeant comme conditions distinctes : 1° que le testateur déclare ne savoir ou ne pouvoir signer; 2° que le notaire fasse mention expresse de cette déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer, il en résulte que le testament serait nul, si le notaire s'était borné à constater l'impossibilité où est le testateur de signer, sans faire mention de sa déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer, s'il était dit par exemple : « et, le testateur n'ayant pu signer vu son état de faiblesse, les témoins ont seuls signé avec le notaire ». La déclaration du testateur *qu'il ne sait* ou *ne peut signer* est essentielle; c'est elle qui remplace la signature, et le testament doit fournir par une mention expresse la preuve que cette déclaration a été faite.

L'art. 973 n'exige pas la mention de la signature du testateur, quand elle a été apposée; il faut en conclure que cette mention ne serait pas nécessaire. Le code civil, ayant réglé ce qui concerne la signature du testateur, se suffit à lui-même sur ce point; l'art. 14 de la loi de ventôse, qui exige la mention de la signature des parties, ne serait donc pas ici applicable.

b. *Signature des témoins.* En principe tous les témoins doivent signer le testament. Toutefois le législateur a considéré qu'il pourrait être difficile, dans certaines localités, de se procurer deux ou quatre témoins sachant signer; aussi l'art. 974 décide-t-il que, dans les campagnes, il suffira que le testament soit signé par la moitié des témoins. Bien entendu, même à la campagne, tous les témoins doivent signer, s'ils le savent et peuvent.

Le tribunat avait proposé de considérer comme campagne toute localité ayant une population de moins de mille âmes. Cette proposition n'ayant pas été érigée en loi, il en résulte que la question de savoir si telle localité est une campagne *hoc sensu* demeure une question de fait. Le juge, chargé de la résoudre en cas de contestation, devra tenir compte, non seulement de la population, mais encore et surtout du nombre de personnes sachant signer dans la localité.

Les témoins doivent signer *en présence du testateur* (arg. art. 971). Mais il n'est pas nécessaire que la signature des témoins soit mentionnée, la loi ne l'exigeant pas.

c. *Signature du notaire.* Elle est prescrite à peine de nullité par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui sont applicables ici, le code civil n'ayant pas réglementé ce point. Ces mêmes articles exigent à peine de nullité la mention de la signature du notaire ou des notaires; mais il résulte d'un avis du conseil d'Etat, approuvé par l'empereur le 20 juillet 1810, que cette disposition n'est pas applicable en matière de testaments.

Le testament n'est parfait qu'après l'apposition de toutes les signatures requises par la loi. Si donc le testateur venait à mourir avant que toutes ces signatures fussent apposées, le testament ne pourrait pas recevoir son exécution. Il en serait de même, si le notaire ou l'un des témoins mourait avant d'avoir signé.

563. Il y a controverse sur le point de savoir si le testament par acte public

peut être rédigé en brevet. La négative paraît bien résulter de l'art. 20 de la loi du 25 ventôse de l'an XI. D'après ce texte, la règle, que les actes notariés doivent être rédigés en minute, ne souffre exception qu'en ce qui concerne les *actes simples;* or il paraît bien difficile de considérer comme tel le testament, surtout si l'on admet la définition que le rapporteur de la loi au tribunat a donnée des actes simples : « ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même et passager ».

II. *De la force probante du testament par acte public.*

564. Le testament par acte public est un acte authentique; sa force probante est donc celle des actes authentiques en général. Par conséquent il fait foi jusqu'à inscription en faux de toutes les énonciations qu'il contient, et qu'on ne peut prétendre fausses sans attaquer la véracité du notaire en sa qualité d'officier public, sans soutenir en d'autres termes qu'il a commis un faux en écritures publiques. Quant aux autres énonciations, elles ne peuvent tout au plus faire foi que jusqu'à preuve contraire. Voyez à ce sujet l'explication de l'art. 1319, et t. I, n. 251.

N° 3. Du testament mystique ou secret.

565. Cette forme de testament, ainsi que son nom l'indique, offre principalement l'avantage d'assurer le *secret* des dispositions testamentaires; elle assure aussi leur *conservation*. Au premier point de vue, le testament mystique l'emporte sur le testament par acte public, dont le secret est confié à trop de personnes pour être bien gardé; au deuxième, il l'emporte sur le testament olographe, sur lequel il offre aussi cet autre avantage de pouvoir être fait par un testateur qui ne sait pas écrire, mais seulement lire. Malgré cela, le testament mystique est peu usité; la faute en est peut-être au législateur, qui exige pour la perfection de cet acte un trop grand nombre de témoins.

On peut donner du testament mystique la définition suivante : *C'est celui que le testateur, sachant lire, écrit lui-même ou fait écrire par un autre, et qu'il présente ensuite, clos et scellé, à un notaire assisté de six témoins, qui en dresse l'acte de suscription.*

Inconnu dans les pays de coutume, le testament mystique était en usage dans les pays de droit écrit, qui l'avaient emprunté au droit romain. L'ordonnance de 1735 en réglementa les formes. Les dispositions de cette ordonnance ont été presque littéralement reproduites par le code, sauf quelques modifications de détail.

I. *Des formes du testament mystique.*

566. Elles sont indiquées par l'art. 976, ainsi conçu: « *Lorsque le* » *testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de* » *signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait* » *fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions,* » *ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le* » *testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au* » *moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que* » *le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit*

» *par un autre et signé de lui ; le notaire en dressera l'acte de suscription,* » *qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ; cet* » *acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les* » *témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres* » *actes; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis* » *la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera* » *fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin,* » *en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins* ».

Les formalités prescrites par cet article sont relatives à l'écriture, à la clôture et au scel, à la présentation du testament, à la rédaction de l'acte de suscription, à l'unité de contexte.

567. a. *Ecriture.* — Le testament mystique peut être écrit soit par le testateur, soit par une autre personne quelconque. Il peut même être écrit en partie par le testateur et en partie par un autre, sauf à déclarer cette particularité au notaire lors de la présentation du testament. Le testateur doit signer ses dispositions (voyez toutefois l'art. 977); mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient datées, la loi ne l'exigeant pas, à la différence de l'ordonnance de 1735, art. 38; la date du testament sera celle de l'acte de suscription, que les dispositions testamentaires soient ou non datées.

568. b. *Clôture et scel.* — La loi dit : « Sera le papier qui contiendra » ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a » une, *clos* et *scellé* ». — *Clos,* c'est-à-dire fermé de manière qu'on ne puisse pas lire ce qui est écrit dans le testament, ni l'ouvrir sans qu'il reste trace de l'ouverture; ainsi le testament sera clos, si l'enveloppe qui le contient est collée avec de la gomme. — *Scellé,* c'est-à-dire revêtu d'un sceau ou cachet portant une empreinte spéciale, telle qu'initiales ou armoiries; cette empreinte est ordinairement appliquée sur de la cire. Il n'est pas nécessaire que le testateur se serve d'un cachet à lui appartenant; il peut en emprunter un, même celui du notaire qui dressera l'acte de suscription. Mais il serait imprudent de faire usage d'une empreinte banale, comme celle d'un dé à coudre ou d'une pièce de monnaie.

On voit que la *clôture* et le *scel* constituent deux formalités distinctes. Elles sont requises l'une et l'autre à peine de nullité (art. 1001) ; le testament serait donc nul, s'il était clos sans être scellé. On l'a toujours entendu ainsi sous l'ordonnance de 1735, et il est bien probable que le législateur, qui a littéralement reproduit sur ce point les termes de l'ordonnance, n'a pas entendu en changer le sens. La jurisprudence semble cependant incliner vers la solution contraire; mais les raisons qu'elle invoque sont d'une faiblesse extrême. Elle dit que le mot *scellé* n'implique pas nécessairement l'idée de l'apposition d'un cachet portant une empreinte particulière. Mais alors il fait double emploi avec le mot *clos;* car apparemment tout ce qui est scellé est clos, et ce dernier mot demeure ainsi sans explication.

569. c. *Présentation du testament.* — Le testament, rédigé comme il vient d'être dit, doit être présenté par le testateur à un notaire et à *six* témoins au moins (art. 976). Pourquoi ce luxe inusité de témoins ? On n'en voit pas d'autre raison qu'une tradition séculaire. Mais quand la tradition est mauvaise, il convient de briser avec elle. C'est ce que fera probablement le législateur de l'avenir. Il supprimera une exigence que rien ne justifie et qui n'a d'autre résultat que de détourner les particuliers de cette forme de testament, presque tombée en désuétude aujourd'hui.

La présentation du testament doit être faite par le testateur lui-même. La loi veille surtout à ce que l'écrit, qui contient les dispositions testamentaires, ne soit pas soustrait et remplacé par un autre; tout intermédiaire serait ici suspect.

Le testateur doit ensuite déclarer « que le contenu en ce papier est » son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de » lui ». Cette déclaration constitue la formalité la plus importante du testament mystique. Les dispositions, que contient le papier présenté au notaire, peuvent n'être pas écrites en entier, datées et signées de la main du testateur, auquel cas elles ne constituent pas encore un testament (arg. art. 970); c'est la déclaration dont nous venons de parler qui leur donnera ce caractère.

570. d. *Rédaction de l'acte de suscription.* « Le notaire *en* dressera » l'acte de suscription », dit l'art. 976. La particule *en* se rapporte aux formalités qui précèdent; on l'a toujours ainsi entendu sous l'empire de l'ordonnance de 1735, dont notre législateur a reproduit fidèlement les termes. L'acte de suscription n'est donc qu'un *procès-verbal,* constatant l'accomplissement des formalités ci-dessus. Son but principal est d'assurer la conservation et le secret des dispositions testamentaires, *ut exteriores scripturæ fidem interiori servent.*

L'acte de suscription doit donc constater : 1° la présentation par le testateur au notaire et aux témoins du papier qui contient ses dispositions testamentaires; 2° la déclaration faite par le testateur que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui, ou écrit en partie par un tiers en partie par le testateur; 3° l'état dans lequel se trouvait le papier au moment de sa présentation : s'il était clos et scellé par avance, ou s'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins.

* A la différence de ce qui a lieu dans le testament par acte public (art. 972), il n'est pas nécessaire que l'acte de suscription mentionne *expressément* l'accomplissement des diverses formalités dont il vient d'être parlé; il suffit que la preuve de cet accomplissement résulte, même implicitement, des termes de l'acte de suscription. En d'autres mots, l'art. 972 exige une *mention expresse;* l'art. 976, une *simple constatation.* La jurisprudence est en ce sens.

* Il n'est pas nécessaire non plus que l'acte de suscription constate l'accomplissement des autres formalités, que la loi prescrit pour la validité du testament mystique, et qui sont indiquées dans la partie finale de l'art. 976, à partir de ces mots :

en dressera l'acte de suscription. Ces expressions ne peuvent évidemment se référer qu'aux formalités qui précèdent, non à celles qui suivent. Parmi ces dernières, la seule qui doive être mentionnée, parce que la loi le dit, c'est la déclaration que fait le testateur de ne pouvoir signer l'acte de suscription.

Il résulte de l'art. 976 que l'acte de *suscription* ne peut être écrit que par le notaire lui-même, et sur le papier ou sur l'enveloppe du testament; c'est même de là que lui vient son nom (*supra scribere*). Exception remarquable à la règle, que les notaires doivent écrire sur timbre tous les actes qu'ils reçoivent.

L'acte de suscription doit être signé par le testateur, par le notaire et par les témoins (art. 976). Tous les témoins doivent signer, même à la campagne : l'art. 974 est inapplicable au testament mystique. Si le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne peut signer l'acte de suscription, le notaire mentionne la déclaration qu'il en fait, sans qu'il soit besoin d'augmenter le nombre des témoins.

Autre est le cas où le testateur n'a pas signé ses dispositions, parce qu'il ne le savait ou ne le pouvait; il faut alors un témoin de plus à l'acte de suscription, et il doit être fait mention de la cause pour laquelle il a été appelé. C'est ce que dit l'art. 977, ainsi conçu : « *Si le testateur » ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispo- » sitions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nom- » bre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres » témoins; et il sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin » aura été appelé* ». Il est difficile de dire quelle est l'utilité de ce septième témoin.

Outre les formalités dont il vient d'être parlé, l'acte de suscription demeure soumis aux règles générales prescrites par la loi du 25 ventôse de l'an XI, en tant qu'il n'y est pas dérogé explicitement ou implicitement par le code civil. C'est ainsi qu'il y aurait lieu d'appliquer les dispositions de cette loi qui concernent la capacité du notaire et la date, dont le code civil ne parle pas.

On tient assez généralement que le testateur peut, aussitôt que le testament a été revêtu de l'acte de suscription, exiger que le notaire lui en fasse la remise, et qu'il peut même, après l'avoir laissé entre les mains du notaire, lui en réclamer à toute époque la restitution. Telle était notre ancienne jurisprudence, et la nouvelle paraît se former dans le même sens. Outre ce précédent, elle trouve un point d'appui soit dans l'art. 976, qui dispose que le testament sera *présenté* au notaire, et non pas *remis,* comme il aurait fallu dire si le notaire avait dû nécessairement conserver le testament, soit dans les art. 1007 et 1008 qui impliquent que le testament mystique n'est pas toujours en dépôt chez un notaire.

571. e. *Unité de contexte.* « Tout ce que dessus », dit l'art. 976 *in fine,* « sera fait de suite et sans divertir à autres actes ». C'est l'unité de contexte des Romains, *uno contextu.*

= *De suite,* c'est-à-dire en une seule séance.

= *Sans divertir à autres actes.* Ces mots signifient qu'il ne faut pas interrompre

la séance pour faire un autre acte, *negotium,* un acte de vente par exemple. Mais la séance pourrait être suspendue pendant quelques instants pour satisfaire à quelque nécessité pressante, par exemple pour administrer un remède au testateur qui est malade; ce n'est pas là un *acte* dans le sens de l'art. 976.

Les diverses opérations, dont l'ensemble est constaté par l'acte de suscription et qui doivent être accomplies *sans désemparer,* commencent à la présentation du testament. Le but principal de l'unité de contexte est d'empêcher la substitution d'un autre papier à celui qui a été présenté par le testateur et qui contient ses dispositions testamentaires.

572. Telles sont les formes du testament mystique. Pour pouvoir tester de cette manière, il n'est pas nécessaire de savoir écrire; mais il faut savoir et de plus *pouvoir* lire, condition à laquelle l'aveugle ne satisfait pas (1). « *Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire* », dit l'art. 978, » *ne pourront faire de dispositions dans la forme du testament mystique* ». Le testateur doit pouvoir lire, parce qu'il faut qu'il puisse s'assurer par lui-même que le papier qu'il présente au notaire contient bien l'expression de ses volontés.

Mais la loi n'exige pas que le testateur ait lu le testament, et comme il n'y a pas de nullité sans texte, on doit en conclure que le testament ne pourrait pas être annulé par cela seul qu'il serait démontré que le testateur n'en a pas pris lecture. La jurisprudence est en ce sens.

Si le testateur ne sait lire que l'écriture moulée, rien ne s'oppose à ce qu'il fasse écrire son testament en lettres imitant cette écriture. De là à admettre que le testateur pourrait faire imprimer ses dispositions testamentaires, il n'y a qu'un pas; et pourquoi ne le ferait-on point? Après tout l'impression n'est qu'une *écriture* perfectionnée.

573. Un muet peut-il tester dans la forme mystique? Oui s'il sait écrire, non dans le cas contraire. On lit à ce sujet dans l'art. 979 : « *En cas que le testateur ne* » *puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la* » *charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le* » *présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il* » *écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi* » *le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le* » *testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins ; et sera, au sur-* » *plus, observé tout ce qui est prescrit par l'article* 976 ».

La déclaration verbale, que doit faire le testateur, en présentant son testament au notaire (art. 976), est, on le voit, remplacée ici par une déclaration écrite. Rien de mieux. Beaucoup moins facile à expliquer est la disposition qui exige que le testament soit *entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur :* ce qui revient à dire que l'écrit, présenté par le testateur au notaire, doit satisfaire à toutes les conditions requises pour la validité du testament olographe. Il est difficile surtout de justifier l'exigence de notre article en ce qui concerne la *date.* Quel rapport cette exigence, qui dépasse les termes du droit commun, a-t-elle avec l'infirmité dont le testateur est atteint? Notre législateur a reproduit ici littéralement, par distraction peut-être, la disposition de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735. Dans le système de

(1) L'aveugle, qui ne peut pas tester dans la forme mystique, peut tester dans la forme authentique, ou même dans la forme olographe, s'il sait écrire. Toulouse, 13 avril 1886, Sir., 87. 2. 76, et Cass., 23 mai 1887 Sir., 87. 1. 221.

l'ordonnance, les dispositions testamentaires, auxquelles un testateur voulait faire appliquer la forme mystique, devaient dans tous les cas être datées (art. 38). Notre législateur a jugé avec raison cette formalité inutile comme faisant double emploi avec la date de l'acte de suscription, et il l'a supprimée dans l'art. 976. Mais alors il n'y avait aucune raison de la maintenir dans le cas prévu par l'art. 979. On l'a fait cependant; et, comme la loi doit être respectée, même quand elle n'est pas logique, il en résulte que le testament mystique fait par un muet serait nul, si les dispositions n'en étaient pas datées (arg. art. 1001).

Celui qui est à la fois sourd et muet peut tester dans la forme prescrite par l'art. 979, s'il sait écrire. Le mutisme est le plus souvent la conséquence de la surdité, et c'est principalement en vue des sourds-muets que notre texte paraît avoir été écrit. Quant à ceux qui sont sourds sans être muets, ils peuvent tester dans la forme prescrite par l'art. 976.

574. Une question importante reste à résoudre.

Supposons qu'un testament mystique soit nul pour inobservation d'une des formalités particulières à cette espèce de testament, par exemple parce qu'il n'est pas *clos et scellé,* ou parce que l'un des témoins n'a pas signé l'acte de suscription ; il se trouve que les dispositions testamentaires, que le testateur a voulu faire revêtir de la forme mystique, sont entièrement écrites, datées et signées de sa main. L'écrit vaudra-t-il comme testament olographe ? En deux mots, le testament, qui est nul comme mystique, peut-il valoir comme olographe, s'il satisfait aux conditions de forme prescrites par l'art. 970 ? L'affirmative, admise aujourd'hui par presque tous les auteurs et la jurisprudence, trouve un point d'appui d'une solidité inébranlable dans l'art. 1318, aux termes duquel : « L'acte qui n'est point authentique par l'in- » compétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme » écriture privée, s'il a été signé des parties ». Ce texte ruine par sa base l'unique argument un peu sérieux du système contraire, qui consiste à dire que le testament mystique est indivisible, qu'on ne peut par suite le dédoubler en quelque sorte, pour en faire un testament olographe, quand l'acte se trouve nul comme testament mystique. La solution indiquée est en outre on ne peut plus conforme à l'intention probable, pour ne pas dire certaine, du testateur, qui doit être supposé, à moins qu'il n'ait dit le contraire, avoir voulu avant tout laisser un testament valable et par conséquent avoir voulu tester *omni meliore modo.*

II. *De la force probante du testament mystique.*

575. L'acte de suscription du testament mystique est incontestablement un acte authentique (art. 1317); sa force probante est par conséquent celle des actes authentiques en général. Il n'en est pas de même de l'écrit qui contient les dispositions testamentaires; cet acte, qui peut être d'une main autre que celle du testateur, qui peut même ne pas être signé de lui, n'est et ne peut être qu'un acte privé. On a dit, il est vrai, en sens contraire, que la déclaration faite par le testateur lui imprime le caractère de l'authenticité. Mais c'est là une affirmation purement gratuite; elle serait au besoin démentie par l'art. 1008, qui, au point de vue de la force exécutoire, assimile le testament mystique, non au testament par acte public, mais au testament olographe.

* De là il résulte notamment que, si la signature du testateur, apposée au bas de l'écrit qui contient ses dernières dispositions, est méconnue par ses héritiers, les intéressés sont tenus d'en poursuivre la vérification en justice. L'acte de suscription peut bien faire foi jusqu'à inscription de faux, en tant qu'il affirme que le testateur a déclaré au notaire avoir signé son testament; mais il ne peut pas faire foi jusqu'à inscription de faux de l'exactitude de cette déclaration que le notaire n'a ni

la mission ni la possibilité de contrôler. La jurisprudence et la majorité des auteurs sont en sens contraire.

§ II. *Des témoins testamentaires.*

576. Les témoins, appelés à figurer dans les testaments, doivent satisfaire à certaines conditions d'aptitude, dont l'absence constitue l'incapacité. L'incapacité d'être témoin dans un testament peut être *naturelle* ou *légale*.

A. Les incapacités *naturelles* résultent de l'absence des facultés physiques ou morales, sans lesquelles les témoins ne peuvent pas être en état de remplir leurs fonctions; ainsi les idiots, les aveugles, les sourds ne peuvent pas être témoins dans un testament. Il en est de même de celui qui n'entend pas la langue française, dans laquelle le testament authentique est dicté et écrit. Rennes, 8 janvier 1884, Sir., 85. 1. 214. — La loi ne s'est pas occupée des incapacités naturelles.

B. Les incapacités *légales* sont celles qui résultent d'un texte de loi. Elles sont *absolues* ou *relatives*, suivant que celui qui en est frappé est incapable d'être témoin dans un testament quel qu'il soit, ou dans certains testaments seulement.

a. *Incapacités absolues.* Elles sont déterminées par l'art. 980, dont la disposition est applicable au testament mystique aussi bien qu'au testament par acte public. « *Les témoins appelés pour être présents aux* » *testaments devront être mâles, majeurs, sujets du Roi, jouissant des* » *droits civils* ».

On le voit, les témoins doivent satisfaire à quatre conditions. Ils doivent :

1° *Etre mâles.* Les femmes sont donc incapables d'être témoins dans les testaments : ce qui vient sans doute de ce qu'elles sont exclues de la participation à la puissance publique;

2° *Etre majeurs.* Les mineurs sont exclus *ob defectum consilii;*

3° *Etre sujets du Roi.* L'ordonnance de 1735 disait *régnicoles :* ce qui signifiait *français.* Tel est encore aujourd'hui le sens de l'expression *sujets du Roi,* substituée dans l'édition de 1816 (la dernière édition officielle du code civil) à celle de *sujets de l'Empereur,* qui avait elle-même remplacé dans l'édition de 1807 l'expression primitive de *républicole.* L'étranger est donc incapable d'être témoin dans un testament, et cela alors même qu'il aurait été admis à fixer son domicile en France;

4° *Avoir la jouissance des droits civils.* Depuis l'abolition de la mort civile, il n'y a plus de Français qui soient privés d'une manière générale de la jouissance de tous leurs droits civils. Mais, par suite de certaines condamnations judiciaires, un Français encourt quelquefois la perte de certains droits civils, parmi lesquels peut figurer le droit d'être témoin dans un testament. C'est ce qui arrive pour ceux qui ont été frappés de la dégradation civique (C. pén. art. 34-3°). La même incapacité *peut* atteindre ceux qui sont frappés de l'interdiction civique (C. pén. art. 42-7°).

b. *Incapacités relatives.* L'art. 975, applicable seulement au testament par acte public, en donne l'énumération. « *Ne pourront être pris*

» *pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque* » *titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré* » *inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront* » *reçus* ».

Sont donc incapables :

1° *Les légataires.* La loi craint que l'intérêt n'obscurcisse chez eux la notion du devoir. L'incapacité atteint tous les légataires, à quelque titre qu'ils soient et quelque modique que soit le legs qui leur est fait, pourvu bien entendu que ce legs soit contenu dans le testament auquel ils coopèrent. Mais elle n'atteint pas les exécuteurs testamentaires qui ne sont pas en même temps légataires ;

2° *Les parents ou alliés des légataires, jusqu'au quatrième degré inclusivement.* Cette incapacité, dont la rigueur dépasse toute mesure, atteint aussi les conjoints des légataires. En effet, si le conjoint n'est pas à proprement parler un allié, il est au moins la source de l'alliance, et on ne comprendrait pas qu'il fût admis là où les alliés sont exclus. Mais l'incapacité qui nous occupe n'atteint pas les parents et alliés, même les plus proches, du *testateur,* ni son conjoint;

3° *Les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.* Cette incapacité est fondée, soit sur l'état de dépendance du clerc à l'égard de son patron, soit surtout sur la crainte que les notaires n'abusent dans la pratique de la faculté de prendre leurs clercs comme témoins.

Les incapacités édictées par l'art. 975 ne sont pas applicables aux témoins qui figurent dans un testament mystique. Cela résulte, non seulement des termes de l'art. 975 et de la place qu'il occupe, mais aussi de l'historique de sa rédaction. Les dispositions qui constituent aujourd'hui les art. 975 et 980, étaient primitivement confondues dans un seul texte, l'art. 69 du projet; c'est pour faire droit à une observation de Treilhard, qui fit remarquer qu'une partie des incapacités édictées par ce texte ne devait pas recevoir d'application au testament mystique, qu'on a dédoublé l'article Cpr. Cass., 4 juin 1883, Sir., 84. 1. 233.

Le code civil contient, on le voit, un système complet de législation relativement à la capacité des témoins testamentaires; aussi tient-on en général que les dispositions de la loi du 25 ventôse de l'an XI, relatives à la capacité des témoins instrumentaires, ne reçoivent pas ici leur application. C'est ainsi qu'on n'appliquerait pas la disposition de l'art. 9, qui exige que les témoins soient citoyens français et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé (Cass., 6 décembre 1886, Sir., 87. 1. 165), ni celle de l'art. 10 al. 2, qui déclare incapables certains parents ou alliés du notaire et ses serviteurs.

Par application de la maxime *Error communis facit jus,* maxime qu'il faudrait se garder d'ériger en une règle générale et absolue, on admet généralement que la présence au testament d'un témoin incapable ne serait pas une cause de nullité, si ce témoin était universellement considéré comme capable, de telle façon que le notaire et le testateur qui l'ont choisi ou accepté eussent été victimes d'une erreur invincible. Cpr. Douai, 13 août 1884, Sir., 84. 2. 189. La bonne foi de ceux qui ont employé le témoin incapable ne suffit pas, remarquons-le, pour créer cette capacité putative; il faut que la bonne foi soit fondée sur les documents les plus authentiques, principalement sur des actes de l'autorité publique, tels que l'inscription du témoin sur les listes électorales.

SECTION II

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS

577. Le législateur traite dans cette section : 1° des testaments privilégiés; 2° du testament fait par un Français en pays étranger.

§ I. *Des testaments privilégiés.*

*** 577** *bis*. On désigne sous le nom de *testaments privilégiés* certains testaments pour lesquels la loi accorde au testateur, à raison de la situation exceptionnelle dans laquelle il se trouve, le *privilège* de formes particulières généralement plus simples que celles du testament ordinaire.

Il y a trois testaments privilégiés : 1° le testament militaire; 2° le testament fait en temps de peste; 3° le testament fait pendant un voyage en mer.

1. Testament militaire.

Le testament militaire est régi par les art. 981 à 984, ainsi conçus :

Art. 981. *Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins.*

Art. 982. *Ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.*

Art. 983. *Les dispositions des articles ci-dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi ; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur puissent en profiter, à moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.*

Art. 984. *Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires.*

2. Testament fait en temps de peste.

La loi dit à ce sujet :

Art. 985. *Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.*

Art. 986. *Cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.*

Art. 987. *Les testaments mentionnés aux deux précédents articles deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues.*

3. Testament fait pendant un voyage en mer.

Art. 988. *Les testaments faits sur mer, dans le cours d'un voyage, pourront être reçus, savoir : — A bord des vaisseaux et autres bâtiments du Roi, par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre de service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions ; — Et à bord des bâtiments de commerce, par l'écrivain du navire ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent. — Dans tous les cas, ces testaments devront être reçus en présence de deux témoins.*

Art. 989. *Sur les bâtiments du Roi, le testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration, et, sur les bâtiments du commerce, celui du capitaine, du maître ou patron, ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article précédent.*

Art. 990. *Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents.*

Art. 991. *Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament, seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine; et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.*

Art. 992. *Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre que celui de l'armement, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait, si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, seront remis au bureau du préposé de l'inscription maritime; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article.*

Art. 993. *Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge, du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime.*

Art. 994. *Le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage, si, au temps où il a été fait, le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français; auquel cas, il ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans les pays où il aura été fait.*

Art. 995. *Les dispositions ci-dessus seront communes aux testaments faits par les simples passagers qui ne feront point partie de l'équipage.*

Art. 996. *Le testament fait sur mer, en la forme prescrite par l'article 988, ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires.*

Art. 997. *Le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur.*

Disposition commune à tous les testaments privilégiés.

Art. 998. *Les testaments compris dans les articles ci-dessus de la présente section, seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus. — Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. — Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.*

§ II. *Testament fait en pays étranger par un Français.*

577 *ter*. Aux termes de l'art. 999 : « *Un Français qui se trouvera en » pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte » sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article* 970, *ou par » acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera » passé* ».

Un Français qui se trouve en pays étranger peut donc tester de deux manières différentes :

1° *Dans la forme olographe,* conformément aux prescriptions de l'art. 970. Il importerait peu que la loi du pays n'admit pas cette forme de testament;

2° *Par acte authentique,* passé suivant les formes prescrites par la loi du lieu où se trouve le testateur. D'ailleurs l'intervention d'un officier public ne sera nécessaire qu'autant que cette condition sera requise par la loi locale pour l'authenticité des actes. En un mot, il faut et il suffit que l'acte satisfasse aux conditions requises par la loi du lieu pour l'authenticité, alors même que ces conditions seraient moins rigoureuses que celles de notre loi.

Supposons qu'un Français se trouve dans un pays dont la loi admet une forme de testament qui n'est ni la forme olographe, telle qu'elle est réglée par l'art. 970, ni la forme authentique, par exemple le testament nuncupatif ou fait verbalement devant témoins. Pourra-t-il valablement tester dans cette forme ? Nous ne le croyons pas. L'art. 999 ne dit pas que le Français, se trouvant en pays étranger, peut tester *dans la forme prescrite par la loi de ce pays :* ce qui eût été la consécration pure et simple de la règle *Locus regit actum;* il dit que le Français peut tester « par acte » sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970, *ou par acte authenti-* » *que, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé* ». Le Français n'a donc que le choix entre l'une ou l'autre de ces formes. S'il veut tester en une forme autre que la forme olographe, il devra nécessairement prendre la forme authentique, et alors se conformer aux prescriptions de la loi étrangère. Le texte de la loi est clair, et il ne faut pas, sous prétexte de pénétrer son esprit, que nous ne pouvons connaître qu'imparfaitement, vu le silence des travaux préparatoires, dire, comme le font plusieurs auteurs, que les mots *par acte authentique* de l'art. 999 sont pris par opposition aux mots *par acte sous signature privée,* et désignent toute forme de testament autre que la forme olographe.

Le testament, fait par un Français en pays étranger en la forme authentique et conformément aux prescriptions de la loi du pays, demeure valable après le retour du testateur en France, et quelle que soit l'époque à laquelle il décède. Nous n'avons pas ici de disposition analogue à celle des art. 984, 987 et 996. Mais, d'après l'art. 1000 : « *Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur* » *les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du* » *testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en* » *France; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles* » *qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation* » *de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit* ».

SECTION III

DES INSTITUTIONS D'HÉRITIER, ET DES LEGS EN GÉNÉRAL

578. « *Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre* » *universel, ou à titre particulier. — Chacune de ces dispositions, soit* » *qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit* » *qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet* » *suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les* » *legs à titre universel, et pour les legs particuliers* » (art. 1002). La loi, on le voit, laisse au testateur le choix des expressions qu'il juge les

plus propres à manifester sa volonté. Ainsi il peut disposer sous la dénomination d'*institution d'héritier,* qui répugnait à nos anciennes coutumes, dire par exemple : « J'institue un tel pour mon héritier ».

Est nulle la disposition par laquelle le testateur a déclaré exhéréder tous ses héritiers légitimes et tous ses successeurs irréguliers, y compris l'Etat, sans désigner aucun légataire pour les remplacer. En effet cette disposition, si elle pouvait être valable, aurait pour résultat de mettre les biens hors du commerce.

Si le testateur a simplement exhérédé ses héritiers les plus proches, sans mettre personne à leur place, ses biens reviendront à ses héritiers en sous-ordre, qu'il sera considéré comme ayant institués implicitement. La jurisprudence est en ce sens. Cass., 15 avril 1885, Sir., 86. 1. 453.

Voici une hypothèse plus délicate. Le testateur, après avoir exhérédé tous ses héritiers, à l'exception de l'Etat, a institué un légataire universel; le legs universel devient caduc. A qui les biens reviendront-ils? A l'Etat? Ou bien aux héritiers les plus proches, que le testateur a exhérédés? A notre avis, c'est une question d'interprétation de volonté, rentrant dans le domaine du juge, au cas de contestation. Cpr. Lyon, 29 juillet 1885, Sir., 87. 2. 101. V. cependant Cass., 10 février 1869, Sir., 69. 1. 153.

Le testament doit nécessairement indiquer la personne du légataire. Autrement le legs serait nul, comme fait à une personne incertaine. Ainsi jugé au sujet d'un testament dans lequel le testateur disait que sa fortune serait employée en bonnes œuvres et désignait le curé de la paroisse pour exécuter sa volonté. Dijon, 1er juin 1883, Sir., 85. 2. 175.

Toute disposition testamentaire, en quelques termes qu'elle soit conçue, est comprise sous la dénomination générique de *legs.* Notre loi distingue trois espèces de legs, savoir : le legs *universel,* le legs *à titre universel* et le legs *particulier* ou *à titre particulier.* On peut donner une idée superficielle de chacune de ces dispositions, en disant que le legs universel est le legs de l'universalité des biens; le legs à titre universel, celui d'une partie aliquote de l'universalité, comme la moitié, le tiers, et enfin le legs particulier, celui d'objets déterminés, par exemple de telle maison, de tel fonds de terre.

Pour savoir à laquelle de ces trois catégories appartient une disposition testamentaire déterminée, il ne faut pas toujours s'en tenir à la qualification que le testateur lui a donnée. Tel legs, qu'il a qualifié de legs universel, peut n'être qu'un legs à titre universel ou même un legs particulier. Il faut rechercher quel est, d'après l'intention du testateur, l'étendue des droits conférés au légataire, et déterminer, d'après cette base, et en se référant au texte de la loi, la nature de la disposition. Ainsi un testateur a dit : « J'institue Pierre légataire *universel* de tous mes immeubles »; cette disposition ne constituera qu'un legs à titre universel (v. art. 1010).

578 *bis.* Dans le silence des textes, l'acceptation et la répudiation des legs demeurent soumises aux règles du droit commun. Les dispositions relatives à l'acceptation et à la répudiation des successions ne pourraient donc être appliquées par analogie qu'en tant qu'elles seraient l'expression du droit commun. De là il résulte que l'acceptation d'un legs, comme celle d'une succession, peut être expresse ou tacite. Mais, à la différence de ce qui a lieu en matière de succession (art. 778), l'acceptation ne doit pas nécessairement être consignée dans un acte authentique ou privé ; car, d'après le droit commun, la volonté n'a pas besoin d'être manifestée par écrit. Il en résulte aussi que la renonciation à un legs n'est pas assujettie, comme

la renonciation à succession (art. 784), à des formes solennelles. Elle peut même avoir lieu tacitement. Nancy, 1er février 1884, Dalloz pér., 85. 2. 181.

SECTION IV

DU LEGS UNIVERSEL

579. Définition. *Le legs universel est la disposition testamentaire par » laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité » des biens qu'il laissera à son décès* » (art. 1003). Ce qui caractérise le legs *universel,* c'est la vocation du légataire à l'*universalité* des biens qui composeront le patrimoine du testateur à sa mort. Telle serait la disposition ainsi conçue: « Je lègue à Paul tous les biens que je laisserai à l'époque de mon décès ».

Remarquons qu'en fait le légataire universel ne recueillera pas toujours la *totalité* des biens laissés par le défunt. D'abord, s'il y a des héritiers réservataires, son legs devra forcément subir une réduction (art. 920); et puis il verra souvent son émolument diminué par les charges que le testateur lui aura imposées sous forme de legs particuliers. Il pourra même arriver que ces charges absorbent tout l'actif de la succession, et que par suite le légataire universel ne recueille rien. Tel serait le cas où un testateur, qui laisse un patrimoine dont l'actif net s'élève à 10,000 fr., aurait dit dans son testament: « J'institue Paul mon légataire universel; je lègue 10,000 fr. à Pierre ». Obligé de payer les 10,000 fr. légués à Pierre, si celui-ci accepte, Paul se trouvera réduit en ce cas au rôle d'un exécuteur testamentaire. Mais il n'en sera pas moins un légataire universel. En effet, pour apprécier la nature d'un legs, on ne doit pas se préoccuper de savoir ce que le légataire recueillera *en fait* à l'époque du décès du testateur; il faut rechercher ce qu'il est appelé à recueillir *éventuellement,* c'est-à-dire en supposant la réalisation des chances qui lui sont le plus favorables. Tout légataire, qui, *dans cette supposition,* est appelé à recueillir tous les biens laissés par le testateur à l'époque de son décès, est un légataire *universel,* et la disposition faite à son profit, un legs *universel.* C'est pourquoi la présence d'héritiers réservataires, au moment où le testateur dispose, n'empêche pas celui auquel il a légué l'universalité de ses biens d'être un légataire universel, non plus que l'existence de legs particuliers faits par le défunt. En effet il peut arriver que les héritiers réservataires meurent avant le testateur, ou renoncent à sa succession s'ils lui survivent ; il peut se faire de même que les legs particuliers deviennent caducs, par exemple par le prédécès des légataires, ou par leur répudiation s'ils survivent au testateur; et alors le droit du légataire universel, ne rencontrant plus d'obstacle, s'exercera pleinement, il recueillera tous les biens.

Cela posé, il semble que l'art. 1003 donne du legs universel une définition défectueuse quand il dit : « Le legs universel est la disposition... par laquelle le testateur » *donne... l'universalité...* ». Pour que la définition fût exacte, n'aurait-il pas fallu dire, *donne* ÉVENTUELLEMENT... *l'universalité ?* Non, la définition de l'art. 1003 est irréprochable. Elle ne le serait pas, si le législateur avait employé l'expression *totalité;* mais il emploie celle d'*universalité,* dont le sens est différent. Le mot *totalité* désigne tous les biens que le testateur laissera à l'époque de son décès, sans exception ni restriction ; évidemment le légataire universel n'est appelé à recueillir la *totalité* des biens qu'*éventuellement.* Le mot *universalité,* au contraire, désigne cet être de raison, cet être collectif, qu'on appelle le *patrimoine* et qui contient un actif et un passif : l'actif, comprenant les biens, le passif, comprenant les dettes et les charges imposées soit par la loi (telles que la réserve des héritiers), soit par la volonté de l'homme (telles que les legs particuliers). Eh bien ! l'universalité ainsi définie : *tous les biens existant au décès, déduction faite des dettes et des charges imposées par la loi ou par la volonté de l'homme,* le testateur la *donne* au légataire universel, tandis qu'il ne lui donne la *totalité* qu'éventuellement.

580. D'après ce qui vient d'être dit, on devrait considérer comme universels :

1° Le legs ainsi conçu : « J'institue Paul mon héritier » ; ou « Je l'institue mon légataire », sans aucune restriction ;

2° Le legs de tous les meubles et de tous les immeubles (arg. art. 516) ;

3° Le legs de la *nue propriété* de tous les biens. Il y a ici vocation à l'universalité ; car l'usufruit, étant un droit temporaire, finira toujours par se réunir à la nue propriété. Il en serait autrement du legs de l'usufruit de tous les biens (voyez l'explication de l'art. 1010).

4° Le legs de tous les biens qui seront disponibles à l'époque du décès du testateur. En effet, tous les biens du testateur pouvant être disponibles lors de son décès, s'il ne laisse pas d'héritiers réservataires ou si ceux qu'il laisse renoncent à sa succession, le légataire se trouve appelé éventuellement à la totalité.

Il en serait de même en général du legs de *tous les biens dont le testateur peut disposer,* ou de sa *quotité disponible* (ces deux formules doivent être considérées comme équivalentes). En effet c'est au décès du disposant qu'il faut se placer pour savoir quel est son disponible ; or, quel que soit le nombre de ses héritiers réservataires à l'époque où il teste, il peut toujours arriver, par suite du prédécès de tous ces héritiers, ou par suite de leur renonciation ou de leur indignité s'ils survivent, que la totalité des biens du testateur se trouve disponible lors de son décès. Il y a donc vocation éventuelle à la totalité au profit du légataire. A quoi l'on peut ajouter que l'art. 1010 ne range dans la catégorie des legs à titre universel que le legs d'une *quote-part* des biens dont la loi permet au testateur de disposer, donnant ainsi à entendre que le legs de la totalité de ces biens constituerait plus qu'un legs à titre universel, donc un legs universel. — Ici toutefois, comme toujours, il faudrait se préoccuper avant tout de l'intention du testateur, et par suite la décision qui vient d'être indiquée devrait être modifiée, s'il était démontré par les termes du testament qu'en léguant *sa quotité disponible,* le testateur a entendu se référer à l'état de choses existant à l'époque où il a fait ses dispositions, et ne léguer que ce qui aurait été disponible s'il était mort immédiatement après la confection de son testament.

5° Enfin, doit être considéré comme universel le legs que fait un testateur *du surplus de ses biens,* après avoir fait préalablement d'autres dispositions. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue 20,000 fr. à *Primus,* 10,000 fr. à *Secundus,* le surplus de mes biens à *Tertius.* Cette dernière disposition constitue un legs universel. Cass., 4 février 1879, Sir., 79. 1. 467 ; Orléans, 4 juillet 1885, Sir., 87. 2. 43. En effet l'intention bien évidente du testateur est d'exclure ses héritiers légitimes de sa succession : ce qui n'est possible qu'à la condition que *Tertius* se trouve appelé à profiter de la caducité des legs faits à *Primus* et à *Secundus.* On doit d'autant plus facilement l'admettre que, par sa nature même, le legs dont s'agit comporte une certaine élasticité; il est certain notamment qu'il comprendrait les nouveaux biens dont le testateur ferait ultérieurement l'acquisition. Cass., 10 février 1885, Sir., 86. 1. 211. Contrairement à l'opinion générale, nous maintiendrions cette solution, parce que les mêmes motifs nous paraissent toujours exister, même dans le cas où les dispositions, qui précèdent le legs du surplus des biens, seraient à titre universel, par exemple si le testateur a dit : « Je lègue un tiers de mes biens à *Primus,* le surplus à *Secundus* ».

581. Un legs universel peut être fait au profit de plusieurs personnes (art. 1003), comme si le testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à *Primus* et à *Secundus* ». Il y a alors vocation solidaire au profit de chacun des légataires, et leur situation se trouve, à ce point de vue, la même que celle de plusieurs héritiers appelés conjointement par la loi à une même succession. Si donc les légataires viennent tous, ils partageront, *concursu partes fiunt;* si un seul vient, le legs fait à l'autre se trouvant caduc, son droit s'exercera dans toute sa plénitude, puisqu'il ne rencontre plus d'obstacle.

* Après avoir institué plusieurs légataires universels, le testateur a opéré entre eux la division de ses biens; cette division fait-elle perdre aux legs leur caractère de legs universels? Non, en principe; car en la faisant le testateur s'est peut-être proposé pour but unique de prévenir les difficultés auxquelles le partage pourrait donner lieu entre ses légataires. Il pourrait en être ainsi, suivant les cas, alors même que le testateur aurait fait la division d'une manière inégale, s'il est bien démontré que, dans son intention, chaque légataire n'en était pas moins appelé éventuellement à la totalité des biens. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens.

I. *Comment le légataire universel acquiert la propriété des biens compris dans son legs.*

582. La donation testamentaire étant dans notre droit une cause d'acquisition de la propriété (art. 711), il en résulte que le légataire universel devient, en vertu des seules dispositions de la loi, propriétaire des biens compris dans le testament. S'il est en concours avec un héritier réservataire, son legs se trouvant réduit à la quotité disponible, qui est une quote-part de l'hérédité, il devient copropriétaire des biens de la succession avec l'héritier réservataire. Le tout à dater du moment où son droit s'est ouvert; nous verrons sous l'art. 1014, dont la disposition est générale, et qui a été placé à tort dans la section *Des legs à titre particulier,* que le droit du légataire universel, comme de tous les

autres légataires, s'ouvre à compter du décès du testateur si le legs est pur et simple ou à terme, et à compter de la réalisation de la condition si le legs est conditionnel (art. 1040).

II. *Comment le légataire universel acquiert la possession des biens compris dans son legs.*

583. Le légataire universel, qui est, à dater de l'ouverture de son droit, propriétaire des biens compris dans son legs, *saisi de la propriété*, comme on dit quelquefois, est-il saisi en outre de la possession de ces mêmes biens? a-t-il la saisine de l'art. 724? Ou bien au contraire cette saisine appartient-elle à l'héritier du sang, à celui que le testament dépouille, et qui en son absence serait venu recueillir la succession en vertu des dispositions de la loi? Cette question donna lieu, lors de la confection du code, à une discussion très animée. Les uns, s'inspirant des principes du droit romain, demandaient que la saisine appartînt dans tous les cas au légataire universel par préférence aux héritiers du sang; d'autres, attachés aux traditions de notre ancien droit coutumier, voulaient que la saisine fût toujours attribuée à l'héritier du sang, par préférence à l'heritier institué ou légataire universel. Le debat se termina par une transaction dont voici la teneur : si les héritiers, qui se trouvent en concours avec le légataire universel, sont des héritiers *réservataires*, à eux la saisine; dans le cas contraire, la saisine appartiendra au légataire universel (art. 1004 et 1006). Etudions séparément les deux termes de cette transaction.

a. Le légataire universel est en concours avec des héritiers réservataires.

584. L'art. 1004 dit à ce sujet : « *Lorsqu'au décès du testateur il y a » des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, » ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de » la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la » délivrance des biens compris dans le testament* ». En édictant cette disposition, le législateur paraît s'être surtout préoccupé d'assurer l'intégrité de la réserve, qui aurait pu être compromise par les dilapidations du légataire universel, si la saisine lui eût été accordée. Le droit du réservataire a paru plus sacré que celui de l'héritier institué.

La disposition de l'art. 1004 est fondée, on le voit, sur une considération d'ordre public. Aussi est-on d'accord pour admettre que le testateur ne pourrait pas y déroger. Serait donc nulle la clause d'un testament, qui autoriserait le légataire universel à se mettre en possession sans demander la délivrance aux héritiers réservataires.

La saisine, que l'art. 1004 accorde aux héritiers réservataires, leur donne le droit d'appréhender tous les biens héréditaires, de les administrer et d'en percevoir les fruits, et aussi d'exercer les actions héré-

ditaires contre les débiteurs du défunt ou les détenteurs des biens de la succession. Le légataire universel n'acquerra ces divers avantages, en ce qui concerne les biens compris dans son legs, que lorsqu'il aura obtenu la délivrance à l'amiable ou en justice. La délivrance dessaisit donc les héritiers, et elle saisit le légataire. C'est devant le tribunal de l'ouverture de la succession que doit être portée la demande en délivrance, quand les héritiers refusent de la consentir à l'amiable. (C. pr. art. 59 al. 6-3°). Le légataire, qui se mettrait de sa propre autorité en possession de tout ou partie des biens héréditaires, commettrait une voie de fait, une usurpation dont il aurait à répondre.

La présence d'un héritier réservataire, réduisant le légataire universel à la quotité disponible, l'hérédité se trouve être indivise entre l'héritier réservataire, propriétaire de la quote-part de l'hérédité qui représente sa réserve, et le légataire universel, propriétaire du surplus, c'est-à-dire de la fraction qui représente la quotité disponible. Un partage peut seul mettre fin à cette indivision, et le légataire universel le demande implicitement en demandant la délivrance dont il est le préliminaire indispensable.

585. Les héritiers réservataires, qui délivrent au légataire universel les biens formant sa part dans la succession, doivent-ils lui tenir compte en outre des fruits produits par ces biens depuis l'ouverture du legs ? Oui, si la demande en délivrance a été formée dans l'année de l'ouverture du legs; non dans le cas contraire. C'est ce que dit l'art. 1005 : « *Néanmoins, dans les mêmes cas, le légataire universel aura la jouis-* » *sance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès,* » *si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette épo-* » *que; sinon, cette jouissance ne commencera que du jour de la demande* » *formée en justice, ou du jour que la délivrance aurait été volontaire-* » *ment consentie* ». L'hérédité est une universalité qui s'augmente des fruits produits par les biens dont elle se compose, *fructus augent hereditatem.* Le droit du légataire universel, qui porte sur l'universalité tout entière, s'applique donc aussi aux fruits. De là la règle que le légataire universel a droit aux fruits du jour du décès. Et toutefois, lorsque la demande en délivrance du légataire universel est formée après l'expiration de l'année qui suit l'ouverture de son droit, la loi, considérant que l'héritier réservataire, qui ignore peut-être l'existence du testament, et qui en tout cas a pu, à raison du long silence gardé par le légataire universel, le considérer comme renonçant à son droit, a probablement consommé tous les fruits *lautius vivendo*, le dispense d'en tenir compte au légataire. Celui-ci n'y aura donc droit en ce cas qu'à compter de sa demande.

b. Le défunt ne laisse pas d'héritiers réservataires.

586. Dans cette hypothèse, la saisine appartient au légataire universel, par préférence aux héritiers légitimes du testateur. C'est ce

que dit l'art. 1006 : « *Lorsqu'au decès du testateur il n'y aura pas d'héri-* » *tiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le* » *légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testa-* » *teur, sans être tenu de demander la délivrance* ». Il n'y a plus ici, comme dans l'hypothèse précédente, un droit de réserve à défendre contre les usurpations du légataire.

La présence d'héritiers réservataires renonçants ne ferait pas obstacle à la saisine du légataire universel (arg. art. 785). Il en serait de même de la présence d'enfants naturels reconnus; la loi leur accorde une réserve, il est vrai; mais elle leur refuse la saisine, et rien ne s'oppose par conséquent à ce qu'elle appartienne au légataire universel.

587. Que décider, si les parents légitimes du défunt, que le légataire universel trouve en face de lui, sont, les uns réservataires, les autres non réservataires? Le défunt laisse par exemple un père et un frère, ou un ascendant paternel et un collatéral maternel, et en outre un légataire universel. A qui appartient la saisine ? On pourrait être tenté au premier abord d'appliquer distributivement les dispositions des art. 1004 et 1006, en refusant la saisine au légataire universel à l'égard des héritiers réservataires et en la lui accordant dans ses rapports avec les héritiers non réservataires, de sorte que les héritiers réservataires seraient saisis de leur réserve, et le légataire universel du surplus, c'est-à-dire de la quotité disponible. Mais cette solution serait difficile à concilier avec l'art. 1004, qui dispose que, s'il y a des héritiers réservataires, ils sont saisis de plein droit de *tous les biens de la succession*. La saisine leur appartiendra donc pour le tout.

* **588.** Un testateur a institué son fils naturel reconnu légataire universel ; il laisse à son décès, outre cet enfant, des héritiers légitimes non réservataires. A qui donnerons-nous la saisine ? A l'enfant naturel. — On pourrait objecter, il est vrai, que le legs fait à l'enfant naturel reconnu n'est pas universel, l'art. 908 ne lui permettant pas de recevoir par testament plus qu'il ne lui est accordé au titre *Des successions;* or l'art. 757 ne lui donne jamais qu'une fraction de la succession de son père. — La réponse est que l'enfant naturel peut recueillir par testament tous les biens de son père à défaut de parents au degré successible (art. 758 et 908 cbn.); il y a donc pour ce cas, en vertu du testament, vocation à la totalité : ce qui suffit pour qu'il soit légataire universel et saisi à ce titre aux termes de l'art. 1006.

589. Les effets de la saisine sont les mêmes pour le légataire universel que pour l'héritier légitime. Le légataire saisi est donc investi de plein droit de la possession des biens héréditaires; il a le droit d'administrer ces biens et d'en percevoir les fruits; il peut intenter les actions héréditaires actives, et on peut intenter contre lui les actions passives. On voit que le légataire universel saisi est *heredis loco*. D'où il faut tirer cette conséquence, généralement acceptée par les auteurs, qu'il serait tenu *ultra vires* des dettes et charges de l'hérédité, s'il n'acceptait pas sous bénéfice d'inventaire; la simple confection d'un inventaire ne suffirait pas pour le soustraire à cette responsabilité indéfinie.

En serait-il de même du légataire universel non saisi ? La même question se présente pour le légataire à titre universel, que la loi assimile, au point de vue de l'obligation aux dettes, au légataire universel non saisi. Il existe sur ce point une grave controverse. Pothier dit dans son traité *Des successions :* « Les légataires universels

ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent; ils peuvent en les abandonnant se décharger des dettes. La raison en est qu'ils ne succèdent pas à la personne du défunt, mais seulement à ses biens; ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens ; ils n'en sont point débiteurs personnels ». — Du temps de Pothier, le légataire universel n'était jamais saisi, et c'est pour cela qu'il n'était en aucun cas tenu *ultra vires*. Aujourd'hui le légataire universel est saisi dans l'hypothèse prévue par l'art. 1006, et tenu par suite des dettes *ultra vires*. Pour le surplus, ce que dit Pothier doit recevoir son application : le légataire universel non saisi n'est donc tenu des dettes qu'*intra vires*, et il en est de même du légataire à titre universel. En effet l'art. 724, le seul qui soit relatif à l'obligation indéfinie de payer les dettes, rattache cette obligation à la saisine, de sorte que l'on doit considérer tout successeur saisi, et celui-là seulement, comme tenu des dettes *ultra vires*. Le légataire non saisi sera donc quitte envers les créanciers, du moment qu'il leur rendra compte de son émolument, et, pour être à même d'en établir l'importance par un titre régulier, il agira prudemment en faisant dresser un inventaire des biens de la succession.

La cour de cassation, qui admet la solution contraire, se fonde principalement sur le mot *personnellement* qu'emploie l'art. 1009. Le légataire universel non saisi, dit la cour, étant tenu *personnellement* des dettes pour sa part et portion, en est tenu dans cette mesure sur tous ses biens (arg. art. 2092) par conséquent *ultra vires*. Mais on peut remarquer qu'il n'est pas de l'*essence* de l'obligation personnelle d'être indéfinie. Dans notre ancien droit, on accordait une action personnelle aux créanciers contre les légataires universels, et cependant elle n'était donnée que dans la mesure de leur émolument. D'autre part, l'art. 1017 dit que les héritiers sont tenus *personnellement* du paiement *des legs*, et cela n'empêche pas la cour de cassation de décider qu'ils n'en sont pas tenus *ultra vires*. Dans l'art. 1009, comme dans l'art. 1017, le législateur a vraisemblablement opposé l'action *personnelle* à l'action *hypothécaire*, sans se préoccuper de l'étendue de l'action.

Toutefois, en présence de cette jurisprudence de la cour de cassation, on ne peut que conseiller au légataire universel non saisi, ou au légataire à titre universel, de ne pas se borner à faire dresser un inventaire, mais d'accepter en outre bénéficiairement, toutes les fois qu'il existera quelque doute sur les forces de l'hérédité.

590. Formalités à remplir par le légataire saisi, avant d'entrer en possession. — Le légataire universel, saisi aux termes de l'art. 1006, peut-il de suite, et sans remplir aucune formalité préalable, appréhender les biens héréditaires? A la possession de droit, que lui donne la saisine, peut-il joindre de sa propre autorité la possession de fait? La loi distingue si le légataire universel a été institué dans un testament par acte public ou dans un testament soit olographe, soit mystique.

a. — *Le testament qui contient le legs universel est un testament par acte public.* Le légataire saisi n'a aucune formalité à remplir pour se mettre en possession. Son titre est authentique, et de plus exécutoire; il peut donc le mettre à exécution; c'est ce qu'il fait en prenant possession des biens.

b. — *Le testament qui contient le legs universel est olographe ou mystique.* Ce titre n'inspire pas la même confiance que le testament par acte public : peut-être est-il falsifié; dans tous les cas il n'est pas exé-

cutoire. Aussi la loi ne permet-elle au légataire d'appréhender les biens qu'après avoir rempli certaines formalités qui sont prescrites par les art. 1007 et 1008. Etudions-les.

591. Première formalité. Présentation du testament. « *Tout testament* » *olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au président du* » *tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la suc-* » *cession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le prési-* » *dent dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de* » *l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du* » *notaire par lui commis. — Si le testament est dans la forme mystique,* » *sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt, seront faits* » *de la même manière; mais l'ouverture ne pourra se faire qu'en pré-* » *sence de ceux des notaires et des témoins, signataires de l'acte de sus-* » *cription, qui se trouveront sur les lieux ou eux appelés* » (art. 1007). Cet article n'a rien de spécial au légataire universel (arg. des mots *Tout testament...*); il est mal placé par suite dans la section *Du legs universel.*

Toute personne dépositaire d'un testament olographe ou mystique, même un notaire, doit, après la mort du testateur, faire la présentation du testament, ainsi qu'il est dit en l'art. 1007. La loi impose aussi cette obligation au juge de paix, qui, en apposant les scellés, trouve un testament (C. pr. art. 916 à 918). C'est le président du tribunal qui ouvre le testament s'il est cacheté. Il résulte de notre article que cette ouverture se fait avec une solennité particulière, si le testament est mystique. Toutefois, c'est par inadvertance que le législateur ordonne de procéder à l'ouverture de ce testament en présence de *ceux des notaires* signataires de l'acte de suscription qui se trouveront sur les lieux, oubliant que l'acte de suscription du testament mystique est rédigé par un seul notaire (art. 976). Enfin le président dresse procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire par lui commis.

L'ordonnance de dépôt n'est susceptible d'appel qu'autant qu'elle a donné lieu à des contestations devant le président ou que la désignation faite par ce magistrat est de nature à porter grief aux droits des parties. Paris, 10 juillet 1886, Sir., 86. 2. 11. Voyez aussi, Aix, 29 août 1883, Sir., 84. 2. 9, et Bordeaux, 23 juin 1885, Sir., 85. 2. 185.

Les formalités prescrites par l'art. 1007 ont principalement pour but d'assurer la conservation du testament et de le préserver de toute altération, dans l'intérêt commun des héritiers et des légataires. Le législateur n'a pas attaché de sanction à leur inobservation; aussi aucune déchéance n'atteindrait-elle le légataire qui aurait ouvert lui-même le testament, si d'ailleurs il n'avait commis aucune fraude, ni celui qui l'aurait présenté au président du tribunal de son domicile, au lieu de le présenter au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte.

592. Deuxième formalité. Envoi en possession. « *Dans le cas de l'arti-* » *cle* 1006, *si le testament est olographe ou mystique, le légataire univer-* » *sel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du* » *président, mise au bas d'une requête, à laquelle sera joint l'acte de* » *dépôt* » (art. 1008). Ce texte, à la différence de celui qui précède, est spécial au légataire universel. Nous venons de voir que le légataire universel saisi peut, lorsqu'il est institué par un testament *authentique*, appréhender de sa propre autorité les biens compris dans son legs : son titre est exécutoire, et il l'exécute en prenant possession. Il n'en est pas de même du légataire universel saisi, institué par un testament *olographe* ou *mystique :* son titre n'étant qu'un acte sous seing privé, est dépourvu de la force exécutoire ; c'est l'*envoi en possession* qui la lui conférera. A dater du moment où il l'aura obtenu, il sera dans la même situation que s'il était institué par un testament authentique ; il pourra donc se mettre en possession.

C'est au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte que l'envoi en possession doit être demandé. A cet effet le légataire lui adresse une requête, au bas de laquelle le président met, s'il y a lieu, l'ordonnance d'envoi en possession. L'acte de dépôt du testament doit être joint à la requête.

L'ordonnance du président, qui accorde l'envoi en possession, est un acte de juridiction *volontaire* ou *gracieuse :* ce qui signifie qu'il ne s'élève aucun débat contradictoire entre les parties intéressées, les héritiers légitimes d'une part et le légataire d'autre part, au sujet de l'envoi en possession. L'ordonnance est rendue sur la demande d'une seule partie, le légataire ; les héritiers, au préjudice desquels l'envoi en possession est demandé, ne doivent même pas être appelés : ce qui n'est pas exclusif du droit pour le président d'entendre leurs dires et observations s'ils se présentent. On oppose les actes de juridiction *gracieuse* aux actes de juridiction *contentieuse*. Ces derniers supposent un débat contradictoire entre les parties : tel est le jugement qui statue sur la demande en délivrance, formée par le légataire non saisi dans le cas de l'art. 1004.

De ce principe que l'ordonnance du président rendue aux termes de l'art. 1008 est un acte de juridiction gracieuse, résultent plusieurs conséquences, et entre autres les deux suivantes :

1° L'ordonnance d'envoi en possession, rendue après un examen nécessairement superficiel du testament, n'en préjuge pas la validité, et ne porte aucune atteinte au droit qui appartient aux héritiers de l'attaquer soit pour vice de forme, soit pour insanité d'esprit du disposant. Cass., 23 mars 1885, Sir., 85. 1. 491. Seulement, pendant le cours du procès engagé sur la validité du testament, c'est le légataire envoyé en possession qui conservera la possession des biens, sauf l'application des mesures conservatoires dont il va être parlé bientôt ;

2° Les héritiers légitimes du testateur n'ont aucune voie de recours contre l'ordonnance d'envoi en possession : ni l'opposition, car il ne suffit pas d'être défaillant pour pouvoir exercer cette voie de recours, il faut que la présence du défaillant fût requise ; ni la voie de l'appel, car elle n'existe que contre les *jugements*, et non contre les décisions qui, comme celle dont il s'agit, ne portent grief aux droits de personne. Paris, 26 mars 1884, Sir., 86. 2. 28. Cette deuxième conséquence est toutefois contestée, et il y a des décisions judiciaires en sens contraire. V. notamment Nancy, 19 mai 1883, Sir., 84. 2. 124.

Mais, de ce que l'envoi en possession est un acte de juridiction gracieuse, il ne s'ensuit pas que le président du tribunal doive nécessairement l'accorder par cela seul qu'il lui est demandé, et par conséquent sans aucun examen. Le projet, dont la rédaction primitive paraissait condamner le président à jouer ici un rôle purement passif, a été modifié sur les observations du tribunat. Ce magistrat doit donc statuer *cognita causa*. Ainsi il ne manquera pas de refuser l'envoi en possession, si le testament est nul pour vice de forme, par exemple si c'est un testament olographe non signé, ou s'il apparaît manifestement que le legs n'est pas universel, ou s'il existe des héritiers réservataires... Au surplus, la loi n'ayant pas défini le rôle du président, son pouvoir en cette matière est discrétionnaire.

On admet d'ailleurs que l'ordonnance d'envoi en possession ne fait pas obstacle à l'application de mesures conservatoires, destinées à assurer, le cas échéant, la restitution des biens aux héritiers légitimes qui attaquent le testament. Parmi ces mesures, les principales sont l'apposition des scellés, l'inventaire et même le séquestre des biens héréditaires (arg. art. 1961). Cpr. Nancy, 6 mars 1885, Sir., 86. 2. 117. Par une juste réciprocité, des mesures semblables pourraient être ordonnées au profit du légataire, auquel l'envoi en possession aurait été refusé et qui s'adresse à la justice pour faire valoir ses droits.

III. *Dans quelle mesure le légataire universel est tenu des dettes, charges et legs.*

593. Aux termes de l'art. 1009 : « *Le légataire universel qui sera en » concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, » sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnel- » lement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout; et il » sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il » est expliqué aux articles* 926 *et* 927 ».

Le légataire universel, *qui n'est pas en concours avec un héritier réservataire* (hypothèse dont notre article ne s'occupe pas, parce qu'elle ne pouvait donner lieu à aucune difficulté), est tenu de toutes les dettes et charges de la succession; il en est même tenu *ultra vires*, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire (*supra* n. 33). Ce même légataire doit payer tous les legs, sans pouvoir exercer aucune retenue, à titre de *quarte Falcidie*, comme cela avait lieu autrefois dans les pays de droit écrit, d'après les traditions du droit romain.

En ce qui concerne le légataire universel *qui se trouve en concours avec un héritier réservataire*, il faut distinguer d'une part les dettes et charges et d'autre part les legs.

a. *Dettes et charges.* La loi comprend ici sous le nom de *charges* les frais funéraires et les frais d'inventaire, de liquidation et de partage : d'une manière générale, toutes les dettes posthumes, *quæ ab herede cœperunt*. Les dettes et charges grèvent la succession tout entière, la partie réservée aussi bien que la partie disponible; par suite tous ceux qui recueillent une quote-part de la succession doivent contribuer proportionnellement aux dettes et charges. Les dettes et charges

se répartiront donc entre les héritiers réservataires et le légataire universel proportionnellement à la quote-part que chacun d'eux prend dans la succession. Ainsi un légataire universel, qui se trouve en concours avec un enfant du défunt, contribuera aux dettes et charges *pour la moitié,* parce qu'il recueille la moitié de la succession (arg. art. 913); par conséquent les créanciers héréditaires auront une action personnelle contre lui dans cette mesure. C'est ce que dit l'art. 1009, qui résout une question d'*obligation aux dettes.* En outre, si la dette est hypothécaire, le légataire universel, dans le lot duquel aura été mis l'immeuble hypothéqué à la dette, pourra être poursuivi pour le total par l'action hypothécaire, à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque, mais sauf son recours contre les héritiers réservataires pour leur part contributoire.

b. *Legs.* A la différence des dettes, les legs sont une charge, non de la succession tout entière, mais seulement de la portion disponible. D'où la conséquence que le légataire universel doit les payer tous, puisqu'il recueille toute la quotité disponible; autrement la réserve de l'héritier serait entamée. Mais, si le légataire universel est obligé de payer *tous* les legs, il n'est pas tenu de les payer *intégralement.* Subissant lui-même une réduction par suite de la présence des héritiers réservataires, il a le droit d'en imposer une semblable aux autres légataires, tous les legs devant être réduits au marc le franc, quand ils excèdent dans leur ensemble la quotité disponible (art. 926). C'est cette idée qu'exprime l'art. 1009, en disant que le légataire universel est tenu d'acquitter tous les legs, *sauf le cas de réduction.*

La loi dit « *sauf le cas de* réduction », et non pas *sauf la réduction,* parce que le légataire universel ne peut pas *toujours* faire subir aux autres légataires une réduction semblable à celle qu'il subit lui-même. Il résulte en effet de l'art. 927 que le légataire universel est tenu de payer intégralement les legs, que le testateur a déclaré expressément devoir être acquittés de préférence aux autres. On s'explique ainsi que notre texte ne renvoie pas seulement à l'art. 926, mais aussi à l'art. 927.

IV. *Des actions qui appartiennent au légataire universel pour obtenir l'exécution de son legs.*

594. Le légataire universel devient propriétaire des biens compris dans son legs aussitôt que son droit est ouvert (art. 711 et 1014). Par suite, s'il est saisi, il a l'action en pétition d'hérédité contre tous ceux qui détiennent les biens de la succession *pro herede,* et l'action en revendication contre ceux qui détiennent ces mêmes biens à un autre titre; il a en outre l'action personnelle contre les débiteurs de la succession. Que s'il n'est pas saisi, parce qu'il se trouve en concours avec des héritiers réservataires (art. 1004), il est dans l'indivision avec ceux-ci, et peut intenter contre eux l'action en partage (art. 815), qui n'est autre chose dans ce cas que le mode d'exercice de l'action en délivrance. Le partage opéré, il aura l'action réelle contre tous ceux qui détiennent les biens de la succession mis dans son lot, et l'action personnelle contre les débiteurs des créances qui lui ont été attribuées par le partage.

SECTION V

DU LEGS A TITRE UNIVERSEL

595. A l'imitation de notre ancien droit, le projet du code civil ne distinguait pas le legs *à titre universel* du legs *universel*. La trace de cette confusion entre les deux espèces de legs se retrouve encore dans plusieurs articles, notamment les art. 871 et 909, dans lesquels le législateur comprend sous une même dénomination, qui est tantôt celle de *légataire universel* tantôt celle de *légataire à titre universel*, tous les légataires qui ont vocation soit à l'universalité tout entière, soit à une quote-part de l'universalité. La distinction entre le legs *universel* et le legs *à titre universel* se fit jour au sujet de la question de savoir si le légataire aurait droit à la saisine. Ne voulant l'accorder (et encore sous certaines conditions) qu'au légataire ayant vocation à l'universalité tout entière, jamais à celui qui n'a vocation qu'à une quote-part de l'universalité, le législateur fut conduit à distinguer le legs à titre universel du legs universel.

596. Définition. L'art. 1010 nous donne une définition du legs à titre universel, ou plutôt une énumération des cas dans lesquels une disposition a ce caractère : « *Le legs à titre universel est celui par* » *lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet* » *de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout* » *son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son* » *mobilier. — Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre parti-* » *culier* ». — Il résulte de ce texte qu'on doit considérer comme étant à titre universel :

1° *Le legs d'une quote-part de la quotité disponible,* telle que la moitié, le tiers, le quart. Le legs de la quotité disponible tout entière serait universel, ainsi qu'il a été expliqué plus haut (n. 580) ;

2° *Le legs d'une quote-part du patrimoine;*

La loi ne le dit pas, mais cela ne peut faire de doute. Si le legs d'une quote-part de la quotité disponible, qui est elle-même une quote-part du patrimoine, est à titre universel, à plus forte raison le legs d'une quote-part du patrimoine tout entier.

3° *Le legs de tous les immeubles.* Peu importe d'ailleurs que le legs porte sur la pleine propriété ou seulement sur la nue propriété ;

En ce sens, Cass., 3 décembre 1872, Sir., 73. 1. 73.

4° *Le legs de tout le mobilier;*

5° *Le legs d'une quote-part des immeubles;*

6° *Le legs d'une quote-part du mobilier.*

Notre ancien droit, dans lequel la succession aux meubles était régie par des règles toutes différentes de la succession aux immeubles, avait été conduit à considérer les immeubles et le mobilier comme constituant des universalités en sous-ordre, *genera subalterna,* dit Pothier, avec leur actif et leur passif, et dont la réunion constituait la grande universalité connue sous le nom de *patrimoine.* Les légataires du mobilier et des immeubles étaient donc des légataires d'universalités. Le code civil, qui ne considère plus la nature ni l'origine des biens pour en régler la dévolution, aurait peut-être été plus conséquent avec lui-même, en considérant les

legs de la totalité ou d'une quote-part des immeubles ou du mobilier comme des legs à titre particulier.

597. L'art. 1010, après avoir énuméré les différents cas dans lesquels une disposition est *à titre universel,* définit le legs *à titre particulier* dans les termes suivants : « *Tout autre legs ne forme qu'une dis-* » *position à titre particulier* ». Le legs *à titre particulier* est donc celui qui n'est ni universel ni à titre universel. Quoique négative, cette définition était peut-être la meilleure que l'on pût donner, le legs à titre particulier comprenant un nombre considérable d'espèces distinctes qu'il eût été difficile d'embrasser dans une définition positive.

D'après notre définition, on doit considérer comme étant à titre particulier le legs de tous les immeubles que le testateur possède dans telle commune, ou de tous ses bois, de tous ses prés, de toutes ses vignes... Et il importerait peu qu'*en fait* la disposition comprît tous les immeubles dont le testateur se trouve propriétaire lors de son décès, comme il arriverait par exemple si, le testateur ayant légué tous ses immeubles *ruraux,* ne laissait que des immeubles de cette nature. Cette circonstance, toute de fait, ne saurait influer sur le caractère du legs. Le légataire n'était pas appelé par son titre à recueillir tous les immeubles : dans l'espèce qui vient d'être proposée en dernier lieu, il n'aurait eu aucun droit aux immeubles urbains dont le testateur aurait pu faire l'acquisition; donc le legs est à titre particulier.

Le legs de l'usufruit de tous les biens du testateur, ou à plus forte raison d'une quote-part de ces biens, n'est également qu'un legs à titre particulier. En effet il est impossible de le considérer comme universel, le légataire n'ayant pas vocation à l'universalité puisqu'il n'aura jamais la nue propriété. D'autre part, cette disposition ne rentre dans aucun des cas prévus par l'art. 1010, qui définit le legs à titre universel. Donc, d'après notre définition, il est à titre particulier.

Qu'importe après cela que les art. 610 C. civ. et 942 C. pr. appellent *légataire universel d'usufruit* celui auquel l'usufruit de tous les biens a été légué, et *légataire à titre universel* celui auquel a été légué l'usufruit d'une quote-part des biens ? Le législateur ne se préoccupait nullement dans ces articles de déterminer la nature du legs d'usufruit : il a donc pu se montrer peu scrupuleux dans le choix des expressions. D'ailleurs tout le monde reconnaît qu'il est impossible, malgré ces textes, de considérer le légataire de l'usufruit de tous les biens comme un *légataire universel.* Alors il n'y a pas lieu de se préoccuper davantage de la qualification de *légataire à titre universel* que contiennent ces mêmes articles. — Qu'importe aussi que les art. 610 et suivants obligent le légataire d'un usufruit universel ou à titre universel à supporter l'intérêt de toutes les dettes ou d'une quote-part des dettes du disposant ? Ce n'est qu'une application de ce principe que la jouissance passive est une charge de la jouissance active. Malgré ces raisons, la cour de cassation considère le légataire de l'usufruit *de tous les biens* comme un *légataire à titre universel.* Cette solution n'a même pas pour elle le texte de l'art. 610, qui donne au légataire de l'usufruit de tous les biens la qualification de légataire *universel.* Aussi la

plupart des cours d'appel ont-elles refusé de suivre la cour de cassation dans cette voie.

Il faudrait considérer également comme étant à titre particulier le legs d'une succession échue au testateur et non encore liquidée à l'époque de son décès. Et, comme une succession est un *nomen juris* comprenant un actif et un passif, il faut en conclure que le légataire devrait payer les dettes de la succession léguée; elles en diminuent de plein droit l'actif. — Mêmes principes pour le legs d'une communauté.

1. *Comment le légataire à titre universel acquiert la propriété et la possession des biens compris dans son legs.*

598. Le légataire à titre universel acquiert la propriété des biens compris dans son legs, au moment même du décès du testateur, si le legs est pur et simple ou à terme, et lors de la réalisation de la condition, s'il est conditionnel. Arg. art. 711, 1014 et 1040. Sur ce point sa situation est identique à celle du légataire universel. Elle en diffère au point de vue de la saisine. Le légataire à titre universel n'est jamais saisi; par suite il doit demander la délivrance de son legs. C'est ce que dit l'art. 1011 : « *Les légataires à titre universel seront tenus de* » *demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est* » *réservée par la loi; à leur défaut, aux légataires universels; et à défaut* » *de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre* des Suc- » cessions ». Ce texte résout incomplètement la question de savoir à qui le légataire à titre universel doit s'adresser pour obtenir la délivrance — Deux hypothèses doivent être distinguées.

a. *Le défunt laisse des héritiers réservataires.* C'est à eux que le légataire à titre universel devra demander la délivrance, car ils sont saisis; à moins toutefois qu'il n'y ait un légataire universel et que la quotité disponible ne lui ait déjà été délivrée par les héritiers réservataires, auquel cas c'est à lui que le légataire à titre universel devra s'adresser.

b. *Le défunt ne laisse pas d'héritiers réservataires.* Ici il faut sous-distinguer:

α. S'il y a un légataire universel, c'est à lui que la délivrance devra être demandée, car il est saisi (art. 1004).

β. S'il n'y a pas de légataire universel, elle devra l'être aux héritiers légitimes non reservataires, saisis aux termes de l'art. 724.

En cas de renonciation des héritiers les plus proches, la saisine passant sur la tête des héritiers du degré subséquent, c'est à eux que le légataire à titre universel devra s'adresser pour obtenir la délivrance, et ainsi de suite jusqu'à épuisement des héritiers connus; après quoi, s'il n'y a aucun successeur irrégulier qui réclame la succession, le légataire à titre universel fera nommer un curateur à la succession vacante, contre lequel il intentera sa demande en délivrance. Cette manière de procéder peut offrir d'assez graves complications; aussi quelques auteurs décident-ils que le légataire à titre universel peut faire nommer un curateur à la succession

vacante et intenter contre lui sa demande en délivrance, aussitôt après la renonciation des héritiers du premier degré. Mais cette solution nous paraît contraire aux principes.

γ. A défaut de parents légitimes, la délivrance devra être demandée aux successeurs irréguliers (enfants naturels, conjoint ou Etat) qui auraient obtenu l'envoi en possession ; et, si l'envoi en possession n'est demandé par aucun d'eux, le légataire fera nommer un curateur à la succession vacante, contre lequel il intentera sa demande.

II. *Dans quelle mesure le légataire à titre universel est tenu des dettes, charges et legs.*

599. *a.* — En ce qui concerne les *dettes et charges,* nous avons vu que le légataire à titre universel y *contribue* proportionnellement à l'importance des biens qu'il est appelé à recueillir (art. 871, *supra* n. 286). Il en est *tenu* à l'égard des créanciers dans la même mesure. C'est ce qui résulte de l'art. 1012, ainsi conçu : « *Le légataire à titre* » *universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges* » *de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion,* » *et hypothécairement pour le tout* ». Ainsi le légataire à titre universel du quart des biens sera tenu de payer le quart des dettes. S'il est obligé par suite de l'action hypothécaire de payer plus que sa part contributoire, il a son recours contre qui de droit.

Lorsque le legs à titre universel sera de tous les meubles ou de tous les immeubles ou d'une quote-part des meubles ou des immeubles, la part de dettes à la charge du légataire à titre universel sera proportionnelle à la valeur des biens compris dans le legs, comparée à la valeur totale des biens de la succession. Cette valeur comparative sera déterminée à l'aide d'une *ventilation*. Ainsi le défunt a légué ses immeubles; on trouve par la ventilation que les biens de la succession valent 100,000 fr., et que les immeubles figurent dans cette masse pour 10,000 fr., c'est-à-dire pour un dixième; le légataire à titre universel de tous les immeubles sera tenu d'un dixième des dettes.

b. — En ce qui concerne les legs particuliers, il faut distinguer si le légataire à titre universel est ou non en concours avec des héritiers réservataires.

α. — *Il n'y a pas d'héritiers réservataires.* Le légataire à titre universel contribuera au paiement des legs particuliers proportionnellement à la quote-part de l'hérédité qu'il est appelé à recueillir. Ainsi le légataire à titre universel du quart contribuera au paiement des legs particuliers pour un quart. Les autres successeurs universels avec lesquels il se trouve en concours contribueront pour le surplus.

β. *Il y a un ou plusieurs héritiers réservataires.* Dans ce cas le légataire à titre universel paiera tous les legs particuliers, si la disposition faite à son profit absorbe tout le disponible, et sauf à les faire réduire conformément à l'art. 926. Arg. art. 1009. Autrement la réserve des

héritiers serait entamée. Au cas où le legs à titre universel ne comprend qu'une partie de la quotité disponible, la charge des legs sera supportée proportionnellement par l'héritier réservataire et par le légataire à titre universel. C'est ce que dit l'art. 1013 : « *Lorsque le » testateur n'aura disposé que d'une quotité de la portion disponible, et » qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire sera tenu d'acquitter les » legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels* ». Solution éminemment rationnelle; car, en pareil cas, la quotité disponible, sur laquelle doivent être payés les legs particuliers, se répartit entre l'héritier réservataire et le légataire à titre universel.

* Comment déterminera-t-on, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1013, la part contributoire de l'héritier réservataire et du légataire à titre universel dans le paiement des legs à titre particulier? Plusieurs auteurs ont dit : C'est la quotité disponible qui seule est affectée au paiement des legs; par suite l'héritier réservataire et le légataire à titre universel les paieront *proportionnellement à la fraction de la quotité disponible qu'ils recueillent,* sans qu'il y ait lieu de faire contribuer l'héritier réservataire au paiement de ces legs, pour la part de succession qui constitue sa réserve. Ainsi le défunt, qui laisse un fils, a légué à *Primus* le quart de ses biens : ce qui représente la moitié de la quotité disponible (art. 913). La quotité disponible se répartit ici par portions égales entre l'enfant et le légataire à titre universel; ils paieront donc chacun la moitié des legs particuliers. Il est vrai que l'enfant recueille en définitive les trois quarts de la succession; mais sur ces trois quarts il y en a deux qui représentent sa réserve et pour lesquels il ne doit pas contribuer au paiement des legs. — Mais pourquoi donc dispenser l'héritier réservataire de contribuer au paiement des legs à raison de sa réserve, quand elle est hors de cause, le défunt lui ayant laissé, outre sa réserve, une fraction de la quotité disponible? Que l'héritier réservataire ne soit pas tenu de payer les legs *sur sa réserve,* c'est incontestable; on s'explique ainsi que l'art. 1009 le dispense complètement d'y contribuer, quand il trouve en face de lui un légataire universel qui absorbe tout le disponible. Que l'héritier réservataire soit tenu de contribuer au paiement des legs particuliers quand il trouve en face de lui un légataire à titre universel dont le legs n'absorbe qu'une fraction de la quotité disponible, c'est tout aussi certain. Quant au point de savoir comment doit être réglée la contribution dans ce cas, le législateur ne s'est pas expliqué, et il semble dès lors qu'il y ait lieu d'appliquer les règles ordinaires de la contribution, qui mesurent la part de chacun dans les charges à l'importance de la part qu'il recueille dans la succession tout entière. Or, dans l'espèce proposée, l'enfant recueille les trois quarts de la succession; donc il paiera les trois quarts des legs. Cette solution paraît du reste la plus conforme à la volonté du testateur, qui doit avant tout servir de règle.

600. Le testateur pourrait valablement, à la condition de ne pas porter atteinte à la réserve de ses héritiers, déroger aux règles qui viennent d'être établies relativement au paiement des legs. Il n'est même pas nécessaire que le testateur exprime sa volonté à cet égard; il peut la manifester tacitement. Elle sera souvent révélée d'une manière non équivoque par la nature même de la disposition. Ainsi un testateur, après avoir légué tous ses immeubles à Paul, lègue sa maison à Pierre; le legs de la maison sera à la charge exclusive de Paul,

légataire à titre universel des immeubles. Il y aurait lieu d'admettre une solution analogue, si e testateur, après avoir légué tous ses meubles à une personne, a légué un tableau à une autre, ou si, après avoir légué sa bibliothèque à celui-ci, il a légué à celui-là un ouvrage dépendant de cette même bibliothèque. On voit par cette dernière espèce qu'un légataire à titre particulier peut être tenu, contrairement aux règles générales, du paiement d'un autre legs particulier.

Au surplus, la volonté du testateur de déroger au droit commun en ce qui concerne le paiement des legs particuliers ne pourrait pas s'induire de faits équivoques, mais seulement de circonstances qui la font *nécessairement* supposer. Ainsi le légataire à titre universel des meubles devra bien être considéré comme seul chargé du paiement des legs de corps certains dépendant de l'universalité mobilière, comme nous venons de le voir, mais non du paiement des legs de sommes d'argent. On ne peut pas dire que les sommes d'argent léguées font partie de l'universalité mobilière; la preuve en est qu'un testateur fait souvent des legs de sommes d'argent, quand il ne possède que des immeubles. Ces legs demeureraient donc à la charge de la succession tout entière, d'après le droit commun, auquel rien ne prouve que le testateur ait entendu déroger.

III. *Différences entre le legs universel et le legs à titre universel.*

601. 1° Le légataire universel a vocation à l'universalité; le légataire à titre universel, à une fraction seulement de l'universalité.

2° Le légataire universel a la saisine, quand il ne trouve pas en face de lui d'héritiers réservataires (art. 1006); le légataire à titre universel n'est jamais saisi.

3° Plusieurs auteurs admettent une autre différence qui peut être ainsi formulée : le légataire universel non saisi a droit aux fruits des biens compris dans son legs à compter du jour du décès du testateur, quand sa demande en délivrance a été formée dans l'année (art. 1005); le légataire à titre universel, au contraire, n'a jamais droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance, alors même qu'il l'aurait formée dans l'année; il est assimilé à cet égard au légataire à titre particulier (art. 1014). L'opinion contraire, qui, au point de vue du droit aux fruits, assimile le légataire à titre universel au légataire universel non saisi, et qui par suite lui donne droit aux fruits à compter du décès, quand sa demande en délivrance a été formée dans l'année, nous paraît préférable. Inutilement s'efforce-t-on dans l'opinion adverse de démontrer que la règle générale, en ce qui concerne l'acquisition des fruits par les légataires, est celle écrite dans l'art. 1014, qui n'accorde les fruits qu'à compter de la demande en délivrance, que par suite cette règle doit être appliquée dans le silence des textes au légataire à titre universel, l'*exception,* que l'art. 1005 a faite à cette règle en faveur du légataire universel, ne pouvant pas être étendue d'un cas à un autre. La vérité est que nous avons ici deux règles différentes : l'une, spéciale au légataire universel et écrite dans l'art. 1005, l'autre spéciale au légataire particulier et formulée dans l'art. 1014; et la question est de savoir quelle est celle de ces deux règles qu'il faut appliquer au légataire à titre universel. Or, au point de vue rationnel, comprendrait-on que le légataire à titre universel, qui, de même que le légataire universel en concours avec des héritiers réservataires, est appelé à recueillir une quote-part de l'universalité, et qui, vu cette parité de situation, est assimilé par la loi au légataire universel en ce qui concerne le paie-

ment des dettes (art. 1012), ne lui fût pas assimilé au point de vue de l'acquisition des fruits ? surtout si l'on réfléchit que le légataire à titre universel supportera à compter de l'ouverture de la succession les intérêts des dettes qui sont à sa charge : ce qui semble exiger que, par une juste compensation, on lui alloue à partir de la même époque les fruits des biens compris dans son legs. Au surplus, si la loi, en principe, attribue les fruits au légataire universel non saisi, à compter du décès, ce ne peut être que par application de la règle *Fructus augent hereditatem*, et par suite le légataire à titre universel, qui prend une quote-part de l'hérédité, doit, comme le légataire universel, profiter de l'augmentation produite par les fruits. L'historique de la rédaction de l'art. 1014 confirme cette solution, qui trouve en outre un point d'appui dans notre ancien droit où le legs à titre universel était confondu avec le legs universel et régi en conséquence par les mêmes règles.

IV. *Des actions qui appartiennent au légataire à titre universel pour obtenir l'exécution de son legs.*

602. Si le legs à titre universel porte sur tous les immeubles de la succession ou sur tous les meubles, le légataire aura une action en délivrance contre les personnes indiquées en l'art. 1011, puis, la délivrance une fois obtenue, une action réelle contre les détenteurs et une action personnelle contre les débiteurs des biens compris dans son legs.

Si le legs à titre universel porte sur une quote-part de tous les biens, ou sur une quote-part des immeubles ou des meubles, alors le légataire acquiert une propriété indivise, et il a les mêmes actions que le légataire universel non saisi.

SECTION VI

DES LEGS PARTICULIERS

603. Définition. — Le legs *particulier* ou *à titre particulier* est, ainsi que nous l'avons déjà dit, celui qui n'est ni universel ni à titre universel. Son nom vient de ce que le plus souvent il est relatif à des objets particuliers, comme telle maison, tel fonds de terre.

I. *De l'ouverture du legs et de la délivrance.*

604. Aux termes de l'art. 1014 : « *Tout legs pur et simple donnera » au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, » droit transmissible à ses héritiers ou ayant-cause. — Néanmoins le » légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose » léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa » demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'article* 1011, » *ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement con- » sentie* ».

La première partie de notre texte, relative à l'ouverture du legs, n'a rien de spécial au legs particulier. Tout legs, quelle qu'en soit la nature, universel, à titre universel ou à titre particulier, s'ouvre au décès du testateur, s'il est pur et simple (art. 1014) ou à terme (arg. art. 1185), et à dater de la réalisation de la condition, en supposant qu'elle ne soit pas encore accomplie lors du décès du testateur, si le legs est

conditionnel (arg. art. 1040). A partir du moment où le legs est ouvert, le droit qui en résulte figure dans le patrimoine du légataire : il peut désormais être aliéné, saisi par ses créanciers, et, si le légataire meurt, fût-ce quelques instants après l'ouverture de son droit, il le transmet à ses héritiers ou ayant cause qui pourront venir l'exercer de son chef. En outre, si le legs a pour objet un corps certain, le légataire en devient propriétaire aussitôt que son droit est ouvert et avant toute prise de possession (arg. art. 711). Sur tous ces points, nous le répétons, la situation du légataire particulier est la même que celle du légataire universel ou à titre universel.

Mais, à la différence du légataire universel, le légataire particulier, de même que le légataire à titre universel, ne peut jamais se mettre de sa propre autorité en possession de la chose léguée. Il doit dans tous les cas demander la délivrance; le testateur ne pourrait même pas l'affranchir de cette obligation, qui a sa base dans des considérations d'ordre public. La demande en délivrance doit être adressée aux personnes désignées en l'art. 1011 (*supra* n. 598). Si elles consentent à exécuter de bon gré la disposition testamentaire, le légataire obtiendra une délivrance *amiable ;* dans le cas contraire, il devra demander une délivrance *judiciaire.*

La délivrance *amiable* résulte, soit de la tradition faite volontairement au profit du légataire, soit de l'autorisation qui lui est donnée de prendre possession de l'objet du legs, soit même de tout acte impliquant cette autorisation.

La délivrance amiable est plus qu'une simple tradition effectuée au profit du légataire ; elle implique, de la part de celui qui délivre, l'approbation du legs. En effet l'héritier qui fait cette délivrance exécute volontairement la disposition testamentaire, et renonce par suite implicitement au droit de se prévaloir des causes de nullité dont elle peut être atteinte : il la ratifie tacitement. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut, conformément au droit commun (art. 1338), que l'héritier ait connu l'existence de la cause de nullité au moment où il a fait la délivrance ; car il ne peut pas renoncer tacitement au droit de se prévaloir d'une nullité qu'il ignore.

La délivrance judiciaire doit être demandée au tribunal de l'ouverture de la succession (C. pr. art. 59 al. 6-3°).

605. Effets de la délivrance. — Ils sont très importants. 1° La délivrance autorise le légataire à se mettre en possession de l'objet de son legs; 2° à partir de la délivrance le légataire peut exercer des actions personnelles ou réelles contre les débiteurs ou les détenteurs des biens compris dans son legs; 3° le légataire, auquel la delivrance a été consentie, a le droit de jouir désormais de la chose, et par suite d'en percevoir les fruits si elle est frugifère. Le légataire a même droit aux fruits à compter de la demande en délivrance, s'il a été obligé de s'adresser à la justice pour l'obtenir (art. 1014 al. 2). Jusqu'à la de-

mande en délivrance ou jusqu'à la délivrance volontairement consentie, l'héritier fait siens les fruits de la chose léguée ; la loi l'assimile à un possesseur de bonne foi.

Le legs d'usufruit étant toujours à titre particulier (*supra* n. 597), il en résulte qu'un légataire d'usufruit n'a jamais droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance, alors même que l'usufruit légué serait universel ; *non obstat* art. 604 *in fine*. Cpr. t. I, n. 1368 *bis*.

606. Dans deux cas exceptionnels, indiqués par l'art. 1015, les fruits ou intérêts courent de plein droit au profit du légataire particulier : « *Les intérêts ou fruits de la chose léguée courront au profit du légataire,* » *dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice,* — » 1° *Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté, à cet* » *égard, dans le testament ;* — 2° *Lorsqu'une rente viagère ou une pen-* » *sion aura été léguée à titre d'aliments* ».

Premier cas. *Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament.* La loi exige une déclaration *expresse ;* donc on ne devrait pas avoir égard à la volonté *tacitement* manifestée par le testateur : la loi n'en tient compte *exceptionnellement* que dans le second cas, dont nous allons parler.

Deuxième cas. *Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments.* Le legs présentant ici à raison de sa nature un caractère particulier d'urgence, la loi présume qu'il a été dans l'intention du testateur que le légataire en bénéficiât dès le moment même de l'ouverture de son droit et indépendamment de toute demande en délivrance.

L'art. 1015 dérogeant au droit commun, d'après lequel le légataire particulier n'a droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance, il en résulte que sa disposition ne saurait être ni étendue en dehors de ses termes, ni à plus forte raison appliquée à des hypothèses qui sont tout à fait en dehors de ses prévisions. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Ainsi l'exception, établie au profit du légataire d'une rente viagère ou d'une pension *alimentaire,* ne saurait être étendue au légataire d'une rente ou d'une pension qui n'aurait pas ce caractère ; de même notre exception ne profiterait pas au légataire d'un *capital,* le legs eût-il un caractère alimentaire.

* D'autre part, cette circonstance, que le légataire serait en possession de la chose léguée, au décès du testateur, ne le dispenserait pas de demander la délivrance pour avoir droit aux fruits. Si donc il détenait la chose léguée à titre de locataire, il devrait son loyer jusqu'à ce qu'il eût demandé ou obtenu la délivrance. On objecterait en vain que la délivrance a pour but de mettre le légataire en possession, et qu'elle est par suite inutile lorsqu'il détient la chose. La réponse est que la délivrance n'est pas seulement une mise en possession du légataire, mais aussi une approbation du legs. A ce dernier point de vue elle a son utilité, même dans notre hypothèse. D'ailleurs la possession du légataire a ici besoin d'être intervertie : il possédait d'abord comme locataire, c'est-à-dire à titre précaire ; il doit posséder maintenant à titre de propriétaire. Cette interversion ne peut pas se produire sans la participation de l'héritier. Arg. art. 2240.

607. Frais de la demande en délivrance; droits d'enregistrement. « *Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de* » *la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de* » *la réserve légale. — Les droits d'enregistrement seront dus par le* » *légataire. — Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testa-* » *ment. — Chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que* » *cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à* » *ses ayant-cause* » (art. 1016).

La loi met les frais de la demande en délivrance à la charge de la succession, parce que c'est elle qui est débitrice du legs, et que les frais du paiement sont à la charge du débiteur (art. 1248). Quant aux droits d'enregistrement et de mutation, ils constituent une dette personnelle aux légataires.

Notez que chaque légataire peut faire enregistrer séparément son legs, sans être obligé, comme autrefois, de faire enregistrer le testament tout entier et par suite d'avancer les droits dus par les autres légataires. Toutefois cette disposition ne s'applique qu'au légataire particulier. Les légataires universels ou à titre universel sont tenus, quand ils font enregistrer le testament, de payer tous les droits, sauf leur recours.

II. *Des actions que la loi accorde au légataire particulier.*

608. Trois actions peuvent appartenir au légataire particulier pour obtenir l'exécution de la disposition testamentaire faite à son profit, savoir: une action *personnelle,* une action *réelle* et une action *hypothécaire*. Nous allons les étudier successivement. Il est à peine utile de dire que le légataire ne peut pas, après avoir obtenu son paiement par l'une de ces actions, exercer les autres : son droit est épuisé, du moment qu'il est payé. D'autre part, la nature du legs ne comporte pas toujours ces trois actions; c'est ainsi qu'on ne concevrait pas l'action réelle pour un legs de somme d'argent.

A. *De l'action personnelle.*

609. L'action personnelle est organisée par l'art. 1017, qui traite aussi de l'action hypothécaire : « *Les héritiers du testateur, ou autres* » *débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter, cha-* » *cun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succes-* » *sion. — Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à* » *concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront* » *détenteurs* ».

L'obligation de payer les legs, dont sont tenus les héritiers, « ou » autres débiteurs », dit la loi, tels que les légataires universels, a sa source dans un quasi-contrat, qui prend naissance par suite de l'acceptation de l'hérédité ou du legs. C'est de cette obligation que dérive

l'action personnelle dont nous nous occupons et qui se confond d'ailleurs avec l'action en délivrance.

Dans quelle mesure chaque héritier, ou autre débiteur d'un legs, peut-il être poursuivi par l'action personnelle? Proportionnellement à la quote-part qu'il recueille dans la succession. Ainsi, quand il y aura trois héritiers pour portions égales, l'action personnelle sera donnée contre chacun pour un tiers.

Cela résulte de l'art. 1017 al. 1. Les mots *au prorata* qu'emploie ce texte signifient *proportionnellement à (pro rata parte),* et non pas *jusqu'à concurrence de.* C'est à tort par conséquent, nous l'avons déjà remarqué, que l'on s'est prévalu de cette expression pour soutenir que l'héritier n'est jamais tenu du paiement des legs qu'*intra vires,* même quand il a accepté purement et simplement.

Il n'y a donc pas de *solidarité* entre les héritiers ou autres débiteurs d'un legs. Chacun ne doit que sa part, et ne peut être poursuivi pour celle des autres; si l'un est insolvable, *hoc cæteros non onerat.* Le tout à moins que le testateur n'ait établi la solidarité par une disposition formelle.

B. *De l'action réelle.*

610. La donation testamentaire, comme la donation entre vifs, est un mode d'acquérir la propriété (art. 711). Le légataire devient donc, dès que son droit est ouvert, propriétaire de l'objet du legs, indépendamment de toute tradition, et peut par conséquent intenter l'action en revendication (action réelle) contre tout détenteur, à la condition cependant d'avoir obtenu préalablement la délivrance. Et toutefois ce résultat n'est possible que lorsque le legs porte sur un corps certain et déterminé; car il faut nécessairement, pour exercer l'action en revendication, pouvoir dire : « Voilà ce qui est à moi, *aio hanc rem esse meam* ». Lorsque le legs aura pour objet une somme d'argent ou une chose déterminée seulement quant à son espèce, comme un cheval *in genere,* le légataire ne pourra devenir propriétaire que par la détermination de la chose qui doit lui être livrée, détermination qui aura lieu ordinairement au moment même de la tradition faite au légataire. Aussi l'art. 1014 dispose-t-il que le légataire acquiert dès le décès du testateur *un droit à la chose léguée;* la loi ne dit pas : *un droit de* PROPRIÉTÉ, parce que la nature du legs s'opposera quelquefois à ce que le légataire devienne propriétaire de plein droit.

C. *De l'action hypothécaire.*

611. Le légataire à titre particulier a, sur les immeubles de la succession, une hypothèque destinée à assurer l'exécution de son legs. Cette hypothèque est dite *légale,* parce qu'elle a sa source dans la loi (art. 1017 al 2). Notre législateur l'a empruntée au droit romain (l. 1, C. *Comm. de leg. et fid.,* VI, 43). Elle engendre au profit du légataire une action (action *hypothécaire*), en vertu de laquelle il peut s'adres-

ser à tout détenteur d'un immeuble de la succession, et exiger de lui le paiement intégral de son legs, si mieux il n'aime délaisser l'immeuble.

L'hypothèque dont il s'agit ne porte que sur les immeubles de la succession (art. 1017), jamais sur les immeubles qui appartiennent en propre à l'héritier. Suivant les règles du droit commun, auxquelles aucun texte n'a ici dérogé, elle doit être inscrite, et ne prend rang qu'à dater de son inscription (art. 2134).

On peut s'étonner au premier abord que la loi, qui n'accorde pas d'hypothèque aux créanciers du défunt, en accorde une aux légataires. Les droits des créanciers, *qui certant de damno vitando*, ne sont-ils donc pas plus sacrés que ceux des légataires, *qui certant de lucro captando*, et ne devaient-ils pas par suite être au moins aussi fortement sauvegardés? On peut répondre : Les créanciers du défunt ont traité avec lui, ils auraient donc pu stipuler des garanties; s'ils n'ont pas jugé à propos de le faire, la loi doit-elle être plus prévoyante qu'eux? Bien différente est la situation des légataires. Ils tiennent leur droit de la seule volonté du défunt, avec lequel ils n'ont pas contracté et auquel ils n'ont pas pu demander de garanties. Dans ces conditions, la loi a cru devoir veiller pour eux, en créant à leur profit l'hypothèque dont nous venons de parler. A un certain point de vue d'ailleurs, cette sûreté peut être considérée comme établie dans l'intérêt du testateur lui-même, pour mieux assurer l'exécution de ses dernières volontés, *ut in omnibus voluntati testatoris satisfiat*. Elle permet au légataire de triompher des résistances, que les héritiers apportent si souvent à l'exécution du testament.

612. L'hypothèque que l'art. 1017 accorde au légataire particulier lui confère un triple avantage : elle engendre à son profit, comme toute autre hypothèque, un droit de préférence, un droit de suite et le bénéfice de l'indivisibilité.

Droit de préférence. En vertu du droit de préférence attaché à son hypothèque, le légataire a le droit de se faire payer sur le prix des immeubles de la succession par préférence à tous les créanciers personnels de l'héritier. Il peut invoquer ce droit de préférence, non seulement à l'égard des créanciers chirographaires de l'héritier, mais aussi à l'égard de ceux qui auraient acquis des hypothèques de son chef sur les immeubles de la succession. Et toutefois, l'hypothèque légale du légataire ne prenant rang qu'à dater de son inscription, conformément aux règles du droit commun (art. 2134), il serait primé par les créanciers hypothécaires de l'héritier qui se seraient inscrits avant lui.

Le légataire ne peut opposer le droit de préférence résultant de son hypothèque qu'aux créanciers personnels de l'héritier, jamais aux

créanciers *de la succession*. Bien plus, ces derniers auraient le droit de se faire payer, même sur les immeubles de la succession, par préférence aux légataires, conformément à la règle *Nemo liberalis nisi liberatus*.

Droit de suite. Comme tout créancier hypothécaire, le légataire peut suivre son gage en quelques mains qu'il passe, et demander au détenteur le paiement de son legs, si mieux n'aime celui-ci délaisser l'immeuble grevé de l'hypothèque. « *Aut cede aut solve* », dira le légataire au détenteur. L'exercice du droit de suite, comme celui du droit de préférence, est subordonné à l'existence d'une inscription prise en temps utile (art. 2166).

Bénéfice de l'indivisibilité. L'hypothèque est indivisible (art. 2114). *Est tota in toto, et tota in qualibet parte :* ce qui signifie que tout détenteur de l'immeuble ou d'une partie de l'immeuble hypothéqué est obligé de payer intégralement la dette hypothécaire, s'il veut conserver la possession de l'immeuble ou de la partie de l'immeuble qu'il détient. En vertu de ce principe, le légataire peut demander le paiement intégral de son legs à tout héritier ou autre débiteur du legs, qui détient en tout ou en partie un immeuble de la succession : par l'action personnelle il ne pourrait lui demander que sa part ; par l'action hypothécaire il peut lui demander le tout, *propter indivisam pignoris causam*. C'est ce que dit l'art. 1017 al. 2 : « Ils [les héritiers ou autres débiteurs du legs] en seront tenus hypothécairement pour le tout... ».

Et toutefois on a accusé, non sans raison, notre législateur d'avoir fait ici une fausse application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Le droit romain paraît ne pas l'avoir consacrée : chaque héritier ne pouvait être poursuivi par l'action hypothécaire que dans la mesure pour laquelle il était tenu en vertu de l'action personnelle : «... *in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit* », dit la loi 1, C., *Comm. de leg. et fid.*, VI, 43. C'était fort rationnel. On comprend très bien que, lorsqu'il s'agit d'une dette hypothécaire *contractée par le défunt,* celui des héritiers qui détient l'immeuble hypothéqué à la dette puisse être poursuivi pour le tout, en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Ici il y a eu à l'origine une dette unique garantie par l'hypothèque; l'étendue de l'hypothèque était exactement mesurée sur celle de la dette. Si le débiteur vient à mourir laissant plusieurs héritiers, son obligation se divisera entre eux, et chacun n'en sera tenu personnellement que pour sa part (art. 1220); mais, si l'obligation se divise, l'hypothèque ne se divise pas, parce qu'elle est indivisible (art. 2114). Le créancier pourra donc s'attaquer à celui des héritiers qui détiendra l'immeuble ou une fraction de l'immeuble hypothéqué, et lui demander un paiement intégral; il pourrait même agir par l'action hypothécaire, et par conséquent pour le tout, contre un tiers qui ne serait pas personnellement obligé à la dette. En un mot, il y a ici en quelque sorte deux dettes : celle de la personne, qui se divise entre ses héritiers, et celle de l'immeuble, qui ne se divise pas. — Autre est le cas de l'hypothèque légale qui garantit le paiement d'un legs. Le défunt n'a jamais été débiteur de ce legs; la dette est née dans la personne de ses héritiers, *ab herede cœpit,* et, au moment même de sa naissance, elle s'est divi-

sée. En supposant que le défunt ait fait un legs de 20,000 fr. et qu'il laisse deux héritiers pour portions égales, chacun devient débiteur de la moitié du legs; personne n'en a jamais dû la totalité. Le légataire acquiert donc dès l'origine deux créances de 10,000 fr. chacune, et rationnellement la loi aurait dû lui accorder deux hypothèques distinctes pour chacune de ces créances, de sorte que chaque héritier aurait été tenu hypothécairement pour 10,000 fr. seulement sur les immeubles mis dans son lot. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque ne s'y opposait nullement, et la logique encore moins, bien au contraire; car on s'explique difficilement qu'une hypothèque puisse naître avec plus d'étendue que la créance qu'elle garantit. Dans l'espèce proposée, le légataire n'a jamais eu contre personne une créance de 20,000 fr., et cependant il acquiert une hypothèque de 20.000 fr.; il n'aura jamais pu agir contre quelqu'un par l'*action personnelle* pour 20,000 fr., et cependant il peut agir pour cette somme par l'action hypothécaire contre chaque héritier. L'hypothèque naît donc avec plus d'étendue que la créance dont elle est un accessoire.

* Quoi qu'il en soit, le texte est formel : celui des héritiers, qui détient un immeuble de la succession, peut être poursuivi pour le montant total du legs par l'action hypothécaire. La loi ajoute : « jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de » la succession dont ils seront détenteurs ». Cela fait allusion sans doute à la faculté qui appartient à l'héritier, comme à tout détenteur d'un immeuble hypothéqué, d'échapper aux conséquences de l'action hypothécaire en délaissant l'immeuble, c'est-à-dire en l'abandonnant au créancier hypothécaire qui le fera vendre pour se payer sur le prix. Mais, comme le délaissement ne peut être effectué que par le détenteur qui n'est pas personnellement obligé au paiement de la dette, il en résulte qu'un héritier ne pourrait user de cette faculté qu'après avoir payé la portion du legs dont il est tenu personnellement (art. 2172).

Bien entendu, l'héritier, qui par suite de l'action hypothécaire aurait payé la totalité d'un legs dont il n'était tenu personnellement que pour partie, aurait le droit d'exercer un recours contre les autres débiteurs du legs, chacun pour la part qu'il doit en supporter.

613. Indépendamment de son hypothèque légale, le légataire à titre particulier jouit du droit de demander la séparation des patrimoines (art. 2111). Il existe entre l'hypothèque légale et la séparation des patrimoines de nombreuses différences qui seront expliquées sous l'art. 2111.

614. L'existence dans nos lois d'une hypothèque légale au profit du légataire est contestée par un certain nombre d'auteurs. Ils argumentent principalement du silence de l'art. 2121, qui, énumérant les hypothèques légales, ne parle pas de celle du légataire. Quant à l'art. 1017 al. 2, ils disent que ce texte suppose plutôt qu'il ne crée une hypothèque légale au profit du légataire; or supposer n'est pas disposer. L'art. 1017 *in fine* ne serait dans ce système qu'une pierre d'attente, posée par le législateur en vue d'un édifice qu'il a négligé de construire plus tard. La jurisprudence a toujours admis l'existence de l'hypothèque légale du légataire. Et en effet, dans le système contraire, il faut effacer l'art. 1017 al. 2, dans lequel les mots « hypothécairement pour le tout » ne peuvent pas recevoir l'interprétation qu'on leur donne dans les art. 873 et 1009. L'intention du législateur de consacrer l'existence d'une hypothèque légale au profit du légataire paraît d'autant moins douteuse, que cette hypothèque existait déjà dans notre ancien droit, qui l'avait empruntée au droit romain. V. cependant, tribunal de l'empire d'Allemagne, 30 décembre 1884, Sir., 87. 4. 19.

III. *En quel état la chose léguée doit être délivrée.*

615. « *La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires,* » *et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur* », dit l'art. 1018.

Les *accessoires nécessaires* sont ceux qui suivent naturellement la chose, et sans lesquels la jouissance de cette chose ne serait pas complète; tels sont la clé, le socle et le globe d'une pendule, le fourreau d'une épée, le jardin d'une maison. Tous les objets, que la loi déclare immeubles par destination, sont aussi des *accessoires nécessaires,* et devraient être délivrés au légataire avec la chose elle-même.

Pothier décide avec raison, par application de notre principe, que le legs de l'usufruit d'un fonds de terre, enclavé parmi d'autres héritages appartenant au testateur, emporte le droit pour le légataire de réclamer gratuitement des héritiers un passage pour arriver à la voie publique. C'est un *accessoire nécessaire* du droit d'usufruit légué, puisque sans lui l'exercice de ce droit est impossible.

La chose léguée doit être délivrée, dit la loi, *dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur.* Par conséquent les améliorations que la chose a acquises ou les détériorations qu'elle a subies jusqu'à cette époque profiteront ou nuiront au légataire.

Mais la formule que nous venons de transcrire ne signifie pas que la chose léguée soit aux risques de l'héritier à dater du décès du testateur, et que par suite il doive subir les conséquences des cas fortuits qui auraient fait périr la chose ou qui l'auraient détériorée dans l'intervalle écoulé entre le décès du testateur et la demande en délivrance. Tout au contraire, ces cas fortuits et leurs résultats sont au compte du légataire, qui profiterait aussi des améliorations naturelles de la chose, par exemple de l'alluvion. Le légataire est devenu propriétaire de la chose léguée, dès le décès du testateur; l'héritier, tenu envers lui à la délivrance, est débiteur d'un corps certain; or *debitor certæ speciei ejus interitu liberatur.* La formule employée par l'art. 1018 signifie simplement que le légataire profite ou souffre des changements survenus dans la chose léguée avant le décès du testateur soit par cas fortuit, soit *par le fait d'un tiers,* soit *par le fait du testateur.*

Par le fait d'un tiers. Ainsi un tiers a détérioré la chose léguée. Tant pis pour le légataire; il prendra la chose dans l'état où elle est lors du décès, sans avoir droit aux dommages et intérêts que l'auteur de la détérioration a payés ou paiera. L'action en dommages et intérêts est devenue la propriété du testateur aussitôt qu'elle est née; par suite le produit de cette action, si le testateur l'a exercée, ou l'action elle-même, si elle existe encore, appartient à sa succession. En sens inverse, si un tiers a amélioré la chose léguée avant le décès du testateur, le légataire profitera de l'amélioration, et cela sans avoir d'indemnité à payer. S'il en est dû une à l'auteur de l'amélioration, c'est la succession qui la paiera.

Par le fait du testateur. Le testateur a détérioré ou détruit partiellement la chose léguée; c'est une révocation partielle du legs. Le légataire prendra la chose telle qu'elle est lors du décès. Au contraire, si le testateur a amélioré la chose, le légataire profitera de l'amélioration.

616. Maintenant il faut se garder d'attribuer au légataire des choses qui évidemment ne sont pas comprises dans son legs, sous prétexte

qu'elles sont des accessoires de la chose léguée ou qu'elles constituent des améliorations. A cet égard, le législateur a réglé dans l'art. 1019 certains cas qui auraient pu faire difficulté. « *Lorsque celui qui a légué* » *la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmentée par des acquisitions,* » *ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une* » *nouvelle disposition, faire partie du legs. — Il en sera autrement des* » *embellissements ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué* » *ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte* ».

Le légataire ne profitera pas des acquisitions, fussent-elles contiguës à l'immeuble légué, que le testateur a faites postérieurement au legs, parce qu'il y a doute sur le point de savoir si le testateur a voulu les attribuer au légataire; or, en matière de legs, on ne donne pas d'effet aux volontés douteuses.

L'intention de faire bénéficier le légataire des acquisitions nouvellement faites paraît plus certaine, si le legs a pour objet un *domaine* que le testateur a ensuite augmenté par des acquisitions contiguës; surtout s'il a soumis les terres nouvellement acquises à la même exploitation que le domaine, ou s'il a affermé le tout à un même fermier pour un seul et même prix. Il y a doute cependant, si léger qu'il soit, sur le point de savoir si le testateur a voulu que les acquisitions nouvelles fussent comprises dans le legs; et comme d'autre part la disposition de la loi est absolue (le mot *immeuble* employé par l'article s'applique certainement à un domaine), le plus sûr serait peut-être de s'en tenir à l'interprétation la plus restrictive du legs.

Même solution, si le testateur, ayant légué tous les immeubles qu'il a dans telle commune, avait fait ensuite d'autres acquisitions dans la même commune. La jurisprudence est en ce sens.

Autre est le cas où le testateur ayant légué un enclos aurait ensuite compris dans l'enceinte de cet enclos des terrains nouvellement acquis. Le légataire profitera des nouvelles acquisitions, parce que la volonté du testateur de les lui attribuer paraît certaine. La loi au surplus ne distingue pas si le terrain enclos contient ou non des constructions.

Le légataire profiterait aussi des embellissements ou des constructions nouvelles faites par le testateur sur le terrain légué. Les constructions sont un accessoire du sol qui les porte, et elles appartiennent au légataire du sol en vertu de la règle *Omne quod solo inædificatur solo cedit.*

Ce motif se rencontrant quelle que soit l'importance des constructions, on doit en conclure qu'elles appartiendraient au légataire, alors même qu'elles couvriraient tout le terrain légué ou à peu près. D'ailleurs le légataire, qui profite des constructions faites par le testateur sur le terrain légué, n'est pas obligé d'en payer le prix, alors même qu'il serait encore dû lors du décès du testateur. Cette dette serait à la charge de la succession.

617. L'art. 1020 tire une nouvelle conséquence du principe que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve lors du décès du testateur. « *Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a* » *été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette*

» *d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le* » *legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de* » *le faire par une disposition expresse du testateur* ».

Quand l'immeuble légué se trouve grevé d'hypothèque, le législateur, sans s'arrêter à aucune des distinctions que l'on faisait à cet égard dans notre ancien droit, décide que l'héritier ne sera jamais tenu de dégager l'immeuble en payant la dette hypothécaire. Le légataire sera donc exposé à être poursuivi par l'action hypothécaire; et si, pour y échapper, il paie la dette dont l'immeuble est grevé, il aura son recours, soit contre les héritiers ou autres successeurs à titre universel du défunt, si celui-ci était tenu de la dette comme débiteur principal ou comme caution, soit contre le tiers pour la dette duquel l'immeuble a été hypothéqué, si le défunt n'était pas tenu personnellement de la dette.

Si la chose léguée est grevée d'usufruit, l'héritier n'est pas tenu non plus de la dégager.

Le tout, sauf le cas où le testateur aurait *expressément* manifesté une volonté contraire.

Mais voilà que, le testateur ayant chargé son héritier de dégrever la chose léguée de l'usufruit auquel elle est soumise, l'héritier fait des offres à l'usufruitier, qui refuse de renoncer à son droit, ou qui n'y consent que moyennant des conditions absolument inacceptables, tant elles sont exorbitantes. Alors l'héritier devra payer au légataire la valeur de l'usufruit, et lui donner ainsi l'équivalent de l'avantage qu'a voulu lui procurer le testateur. On objecte que l'héritier, se trouvant sans sa faute dans l'impossibilité de remplir la charge qui lui a été imposée par le testateur, doit être libéré (arg. art. 1302). Cette objection ne tient pas compte de l'intention du testateur, qui a évidemment voulu que, d'une façon ou de l'autre, le légataire profitât de la valeur de l'usufruit.

618. Signalons enfin une dernière conséquence du principe, que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve lors du décès. Si le légataire est évincé de l'objet du legs, il n'a pas droit à la garantie. Le légataire n'acquiert sur la chose léguée que les droits qui appartenaient au testateur.

Toutefois, si le legs porte sur une chose *in genere*, telle qu'un cheval, et que le légataire soit évincé de l'objet qui lui a été livré par l'héritier en exécution du legs, il aura le droit d'en demander un autre, non pas que la garantie lui soit due dans ce cas, mais parce que le paiement fait par l'héritier n'est pas valable (art. 1238).

* Il en serait de même, si, le testateur ayant légué deux choses sous une alternative, ou une chose à prendre parmi plusieurs autres, par exemple un des chevaux qui sont dans son écurie, le légataire était évincé de la chose que l'héritier lui a livrée (arg. art. 1192, 1193, 1238).

IV. *Quelles choses peuvent être léguées.*

619. Toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent être léguées, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, à la condition toutefois qu'elles soient héréditairement transmissibles; ainsi un usufruitier ne pourrait pas léguer son droit d'usufruit, car il s'éteint avec lui (art. 617 al. 2).

Il n'est pas nécessaire que l'objet du legs soit déterminé. Et toute-

fois la disposition serait nulle, s'il y avait indétermination *absolue* de la chose léguée : tel serait le legs *d'un animal, d'un objet mobilier.* L'indétermination doit nécessairement avoir certaines limites, *finitionem quamdam,* de façon que l'exécution du legs puisse présenter quelque avantage pour le légataire : ainsi on peut léguer un cheval (*in genere*), une barrique de vin... Comment en pareil cas le legs devra-t-il être exécuté? L'art. 1022 répond : « *Lorsque le legs sera d'une chose* » *indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure* » *qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise* ». C'est donc une chose de qualité moyenne qui devra être livrée. La loi concilie ainsi de la manière la plus équitable, et en se conformant d'ailleurs à l'intention probable du testateur, les intérêts rivaux qui se trouvent ici en présence.

L'art. 1022 ne devrait plus être appliqué, si le legs avait pour objet l'une de plusieurs choses appartenant au testateur, par exemple un des chevaux de son écurie, une des barriques de vin de sa cave. En pareil cas, si le choix appartient à l'héritier, ce que l'on devra admettre dans le doute (arg. art. 1190), il pourra offrir celle des choses qui a le moins de valeur; et en sens inverse, si le choix a été accordé par le testateur au légataire, il pourra réclamer la meilleure.

620. Legs de la chose d'autrui. — Le legs de la chose d'autrui est-il valable ? En droit romain on distinguait. Le testateur avait-il su que la chose par lui léguée appartenait à autrui ? le legs était valable : en ce sens que l'héritier devait acheter la chose léguée et la livrer au légataire, ou lui en payer la valeur si le propriétaire refusait de la vendre ou en demandait un prix exorbitant. Si au contraire le testateur avait ignoré que la chose par lui léguée appartenait à autrui, la disposition était nulle. Peut-être en effet le testateur n'eût-il pas fait le legs, s'il eût su que la chose appartenait à autrui, *forsitan enim si scisset alienam, non legasset,* disent les institutes de Justinien. Cette distinction était assez rationnelle; mais son application donnait lieu dans la pratique à de grandes difficultés. Comment en effet, si le testateur ne s'est pas expliqué, résoudre la question de savoir s'il ignorait ou s'il n'ignorait pas que la chose appartînt à autrui? Il y avait là une source inépuisable de procès, que notre législateur a tarie en déclarant le legs de la chose d'autrui nul dans tous les cas : « *Lorsque le testateur aura légué* » *la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non* » *qu'elle ne lui appartient pas* », dit l'art. 1021.

620 *bis.* Une disposition testamentaire est ainsi conçue : « Je lègue à Paul la maison A ». Il se trouve que cette maison appartient à Pierre. Le legs sera certainement nul, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le testateur savait ou ignorait que la chose fût à autrui.

Supposons maintenant une disposition conçue dans les termes suivants : « Je lègue à Paul la maison A *qui appartient à Pierre;* en

conséquence je charge mon héritier d'acheter cette maison et de la livrer à Paul; et si le propriétaire ne veut pas la vendre ou s'il en réclame un prix déraisonnable, je veux que mon héritier en paye à Paul la valeur que je fixe à la somme de 30,000 fr. ». Ce legs sera-t-il valable? Il est difficile d'en douter. Le testateur peut imposer à son héritier l'obligation d'accomplir un fait : *non solum res possunt legari, sed etiam facta.* N'est-ce pas là le caractère de la disposition dont il s'agit? D'ailleurs un semblable legs n'offre aucun des inconvénients auxquels a pour but de parer la disposition de l'art. 1021.

Supposons enfin que le testateur ait dit : « Je lègue à Paul la maison A *qui appartient à Pierre* », sans ajouter autre chose. La disposition sera-t-elle valable? On l'a soutenu. Au fond, dit-on, ce legs ne diffère du précédent que dans la forme ; il faut y sous-entendre tout ce qu'exprime la précédente formule. D'ailleurs, ajoute-t-on, ce que le législateur a voulu défendre, c'est uniquement le legs de la chose d'autrui fait dans des termes tels qu'il y ait doute sur le point de savoir si le testateur connaissait que la chose léguée appartînt à autrui. « Le meilleur moyen de faire cesser ces difficultés, a dit Treilhard, était d'exiger que le testateur s'expliquât clairement ». Or ici le doute n'est pas possible, puisque le testateur s'est expliqué : il a dit que la chose par lui léguée appartenait à autrui. Donc, dit-on, le legs doit être valable. — Et cependant il paraît difficile d'aller jusque-là; car enfin l'art. 1021 est formel : il annule le legs de la chose d'autrui, *soit que le testateur ait connu ou non que la chose ne lui appartenait pas.*

On s'accorde d'ailleurs à décider qu'il ne faudrait pas considérer comme legs de la chose d'autrui, nul aux termes de l'art. 1021, le legs d'une chose indéterminée qui ne se trouve pas dans la succession. Ainsi un testateur qui n'a pas de chevaux lègue un cheval *in genere;* c'est un legs d'une chose qui n'appartient pas au testateur, mais ce n'est pas un legs de la chose d'*autrui;* les genres n'appartiennent à personne.

L'art. 1021 ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que sa disposition s'applique au legs de la chose qui appartient à l'héritier tout aussi bien qu'au legs de la chose qui appartient à un tiers. Le droit romain décidait, il est vrai, le contraire; mais qu'importe, puisque notre législateur ne s'est pas inspiré de ses traditions dans cette matière.

Toutefois la jurisprudence et les auteurs admettent avec raison qu'il n'y aurait pas legs de la chose d'autrui, nul aux termes de l'art. 1021, si un testateur imposait à son héritier ou à son légataire, sous forme de charge ou de condition, l'obligation de donner à un tiers un bien à lui appartenant. Telle serait la disposition ainsi conçue : « Je lègue tous mes biens à Paul, à la condition qu'il donnera sa maison à Pierre ».

* **621.** La question de savoir quel est l'effet du legs de tout ou partie d'une chose, dont le testateur est, au moment où il dispose, copropriétaire par indivis avec des tiers, doit être résolue à l'aide des distinctions suivantes.

a. *L'indivision a pris fin par un partage avant la mort du testateur.* Si ce partage a attribué la chose tout entière au testateur, il en était propriétaire lors de son décès, et dès lors le legs s'exécutera pleinement, c'est-à-dire que le légataire obtiendra la totalité ou une partie de la chose, suivant les termes dans lesquels le legs est conçu. Si au contraire la totalité de la chose a été attribuée par le partage à un des consorts du testateur, le legs se trouve porter sur la chose d'autrui, et par conséquent il est nul aux termes de l'art. 1021. Enfin, si le partage a attribué une partie seulement de la chose au testateur, le legs pourra s'exécuter sur cette partie.

b. *L'indivision existait encore lors du décès du testateur.*

Il faut alors sous-distinguer :

α. — *La chose léguée fait l'objet exclusif de l'indivision.* En ce cas, le légataire acquerra les droits tels quels qui appartenaient au testateur sur la chose indivise, en supposant que le legs comprenne ces droits tout entiers. Ainsi une maison est indivise entre Pierre et Paul qui en sont codonataires; Pierre meurt avant que le partage de la maison ait été effectué, laissant un testament par lequel il lègue cette maison à *Primus*. Le légataire acquerra sur la maison tous les droits qui appartenaient au testateur. C'est donc avec lui que le partage devra être fait, et il aura le droit de conserver ce que lui donnera ce partage, quel qu'en soit le résultat.

β. — *La chose léguée dépend d'une universalité appartenant pour partie au testateur.* Par exemple le legs porte sur une maison dépendant d'une succession, dans laquelle le testateur est héritier pour un tiers et qui se trouve encore indivise lors de son décès. Ce cas offre plus de difficulté; il faut le résoudre en combinant l'art. 1021 avec l'art. 883. Le partage de la succession va s'effectuer entre les héritiers du testateur d'une part et ses consorts d'autre part. Le légataire de la maison aura le droit d'y assister pour empêcher qu'il ne soit fait en fraude de ses droits (art. 882). Cela posé, de deux choses l'une : — Ou la maison léguée tombera dans le lot des consorts du testateur ou de l'un d'eux ; alors, en vertu de l'effet rétroactif du partage, le testateur sera censé n'avoir jamais eu aucun droit sur cette maison (art. 883), et le legs sera nul comme portant sur la chose d'autrui (art. 1021); le légataire n'aura droit à rien, ni à la chose ni à son prix. — Ou bien la maison léguée tombera dans le lot des héritiers du testateur, et alors, le testateur étant censé avoir été propriétaire de cette maison depuis l'ouverture de la succession dont elle fait partie (art. 883), le legs sera valable et s'exécutera dans les termes où il est conçu. Voyez cependant un arrêt de la cour de cassation du 6 juin 1883, Sir., 84. 1. 129, qui décide qu'il n'y a jamais legs de la chose d'autrui, nul aux termes de l'art. 1021, toutes les fois que le testateur était copropriétaire de la chose léguée.

V. *Règles à suivre pour l'interprétation de la volonté du testateur.*

622. Le code n'en formule qu'une seule, et peut-être a-t-il bien fait d'user à cet égard d'une grande sobriété. « *Le legs fait au créancier ne* » *sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domes-* » *tique en compensation de ses gages* », dit l'art. 1023. Le legs implique l'idée d'une libéralité ; il est donc naturel de supposer que le testateur, qui a fait un legs à son *créancier* (cette expression comprend le *domestique,* dont la loi aurait pu se dispenser de parler), a voulu l'avantager, et de permettre par suite au créancier de réclamer à la fois le

paiement de sa créance et celui de son legs. Il en serait ainsi alors même que le montant du legs serait égal à celui de la créance.

Toutefois l'art. 1023 cesserait d'être applicable, en présence d'une volonté contraire manifestée par le testateur. S'il a dit par exemple : « Je lègue à Paul les 10,000 fr. *que je lui dois* », il est clair que Paul ne pourra pas réclamer à la fois le legs et la créance, le legs étant évidemment fait en compensation de la créance. Une pareille disposition d'ailleurs ne sera pas toujours sans utilité. Elle pourra, suivant les circonstances, procurer un titre au créancier qui en est dépourvu, ou conférer au créancier le droit de réclamer purement et simplement ce qui ne lui est dû qu'à terme ou sous condition, ou enfin améliorer sa situation en lui conférant l'hypothèque de l'art. 1017.

La plupart des règles, que le législateur a formulées dans les art. 1156 et suivants pour l'interprétation des conventions, seraient d'ailleurs applicables par analogie à l'interprétation des testaments.

L'interprétation, que les juges du fond donnent d'un testament, échappe à la censure de la cour de cassation. Il en serait autrement si, sous prétexte d'interprétation, le juge avait substitué à une disposition claire et précise une autre disposition produisant des effets légaux différents. Cass., 4 février 1884, Sir., 84. 1. 429, et 19 février 1884, Sir., 85. 1. 314.

VI. *Différences entre les legs universels et à titre universel, d'une part, et les legs à titre particulier d'autre part.*

623. 1° Le légataire universel non saisi et le légataire à titre universel ont droit aux fruits à compter du décès, quand leur demande en délivrance a été formée dans l'année (art. 1005 et *supra* n. 601) ; le légataire à titre particulier n'a droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance (art. 1014), sauf les exceptions indiquées en l'art. 1015.

2° Le légataire universel, et aussi, suivant l'opinion générale, le légataire à titre universel n'ont pas d'hypothèque légale sur les immeubles de la succession. *Secus* du légataire particulier (art. 1017).

3° Le légataire universel et le légataire à titre universel contribuent au paiement des dettes de la succession (art. 1009 et 1012). Le légataire particulier n'y contribue pas : « *Le légataire à titre particulier ne sera* » *point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs, ainsi* » *qu'il est dit ci-dessus, et sauf l'action hypothécaire des créanciers* », dit l'art. 1024. Ce n'est qu'une conséquence de la maxime *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

Le testateur pourrait toutefois, par une déclaration expresse de volonté, mettre certaines dettes à la charge d'un légataire particulier : auquel cas ce légataire, en acceptant le legs, se soumettrait à l'obligation de les payer.

D'autre part, à raison de la nature même de la chose qui forme l'objet du legs, un légataire particulier pourrait être obligé de supporter certaines dettes qui sont inhérentes à la chose léguée : ainsi le legs d'une succession, échue au testateur, emporte pour le légataire l'obligation d'en payer les dettes. Ce n'est pas l'actif de la

succession seulement que le testateur a légué ; c'est la succession tout entière, le *nomen juris,* actif et passif.

Les mots « sauf la réduction du legs, ainsi qu'il est dit ci-dessus » signifient que les dettes de la succession du testateur peuvent atteindre indirectement le légataire à titre particulier, en ce sens que l'actif héréditaire, les dettes une fois payées, sera peut-être insuffisant pour l'exécution complète des dispositions testamentaires. Tous les legs doivent alors subir une réduction proportionnelle (v. art. 926 et 927) ; à moins cependant que l'héritier n'ait accepté la succession purement et simplement ; car nous savons qu'il est tenu dans ce cas du paiement des legs *ultra vires hereditatis* (*supra* n. 32).

Le sens des mots « sauf l'action hypothécaire des créanciers » nous est déjà connu : ils font allusion au cas où l'immeuble légué est grevé d'hypothèque. Le légataire peut alors être poursuivi par l'action hypothécaire ; mais, s'il paie la dette, il aura son recours contre qui de droit, ainsi qu'il a été expliqué sous l'art. 1020.

SECTION VII

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

624. Aux termes de l'art. 1025 : « *Le testateur pourra nommer un ou* » *plusieurs exécuteurs testamentaires* ». Il n'est pas rare de voir des héritiers plus pressés de se partager les dépouilles du défunt que d'exécuter ses dernières volontés. Le testateur, qui prévoit de semblables dispositions chez ses héritiers, pourra en prévenir l'effet en usant de la faculté que lui accorde notre article.

L'exécution testamentaire est une institution d'origine française. Elle prit naissance et se développa dans les pays de droit coutumier, dont la législation sur cette matière a été reproduite, sauf quelques modifications, par le code civil.

L'exécuteur testamentaire est un *mandataire* imposé par le testateur à ses héritiers, et qu'ils n'ont pas le droit par suite de révoquer. On peut en effet comparer l'exécution testamentaire à un mandat, bien qu'elle offre cette double particularité : d'une part, qu'elle prend naissance par l'événement qui met fin au mandat ordinaire, savoir la mort du mandant, le testateur (art. 2003) ; et d'autre part, que la volonté du mandataire, l'exécuteur testamentaire, n'a pas pu s'unir à celle du mandant, qui ne devient définitive que par sa mort, pour former le consentement, base essentielle du mandat comme de tous les contrats. C'est donc un mandat d'une nature toute particulière ; on pourrait dire un mandat posthume.

Malgré ce caractère exceptionnel, la plupart des règles générales du mandat s'appliquent à l'exécution testamentaire. — C'est ainsi que l'exécuteur testamentaire pourrait, comme un mandataire ordinaire (art. 1984), refuser d'accepter la mission qui lui a été confiée : l'exécution testamentaire est en effet un office d'ami, et non une charge publique, comme la tutelle. — C'est ainsi encore qu'à l'exemple du mandat l'exécution testamentaire est gratuite (art. 1986). Toutefois, comme en matière de mandat, la gratuité est de la nature seulement, mais non de

l'essence de l'exécution testamentaire; le testateur pourrait donc allouer un salaire à l'exécuteur testamentaire. Et, comme l'idée seule d'un ministère salarié pourrait être blessante pour l'exécuteur testamentaire, qui remplit surtout un office d'ami, le testateur, par délicatesse, déguise le plus souvent sous forme de don la rémunération qu'il lui alloue, en lui faisant un legs modique connu sous le nom de *diamant*. — C'est ainsi enfin que les obligations générales dont est tenu l'exécuteur testamentaire sont à peu près les mêmes que celles d'un mandataire ordinaire (art. 1991 à 1997).

Voici maintenant quelques règles spéciales à l'exécution testamentaire :

1° L'exécution testamentaire, à la différence d'un mandat ordinaire, ne peut être déférée que par testament. Arg. des mots : *Le testateur* de l'art. 1025. Mais il n'est pas nécessaire que ce soit par le testament même dont il s'agit d'assurer l'exécution : ce peut être par un testament postérieur;

2° On peut choisir pour mandataire un incapable (art. 1990). Au contraire, l'exécution testamentaire ne peut être confiée qu'à une personne capable : « *Celui qui ne peut s'obliger ne peut pas être exécuteur testa-* » *mentaire* », dit l'art. 1028. Pourquoi cette dérogation au droit commun ? Le mandant ne compromet que ses propres intérêts en choisissant un mandataire incapable, contre lequel il n'aura d'action que dans la limite du profit par lui retiré de l'exécution du mandat; d'ailleurs il peut révoquer le mandat, quand l'expérience lui en aura montré les dangers. Au contraire, en nommant un exécuteur testamentaire incapable, le testateur compromettrait les intérêts de ses héritiers : ce que la loi ne devait pas permettre. D'autant plus que l'exécuteur testamentaire est imposé aux héritiers, qui n'ont pas la ressource de le révoquer; il doit donc leur offrir au moins la garantie de sa responsabilité personnelle.

625. Les art. 1029 et 1030 ne sont que des applications du principe que nous venons de dégager.

Première application. — « *La femme mariée ne pourra accepter* » *l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. — Si* » *elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par juge-* » *ment, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus,* » *autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les* » *articles* 217 *et* 219, *au titre* du Mariage » (art. 1029).

La loi veut, pour qu'une femme mariée puisse remplir le rôle d'exécuteur testamentaire, qu'elle soit *pleinement capable de s'obliger*, c'est-à-dire que les obligations qu'elle contractera en qualité d'exécutrice testamentaire soient susceptibles d'être ramenées à exécution sur la pleine propriété de tous ses biens. Or cette condition se trouve remplie, sous quelque régime que la femme soit mariée (et sauf une excep-

tion relative aux biens dotaux, sous le régime dotal, exception dont le législateur n'a pas d'ailleurs tenu compte), lorsque la femme agit avec l'autorisation de son mari. Donc la femme peut toujours avec cette autorisation accepter une exécution testamentaire.

Au contraire, elle ne peut pas, en principe, accepter une exécution testamentaire avec l'autorisation de justice à défaut de celle du mari, parce que l'autorisation de la justice n'habilite la femme à s'obliger qu'*imparfaitement*. En effet, les créanciers envers lesquels elle s'engage, ainsi autorisée, n'ont pour gage que la nue propriété de ses biens personnels; ils ne peuvent pas s'attaquer à l'usufruit de ces mêmes biens, qui, sous la plupart des régimes, appartient au mari. Et toutefois, quand la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens, ou quand, mariée sous tout autre régime, elle est séparée judiciairement, le mari n'ayant pas ou n'ayant plus le droit de jouir des biens de sa femme, celle-ci devient capable, avec l'autorisation de justice, de s'obliger pleinement, c'est-à-dire sur la pleine propriété de ses biens, et peut par suite avec cette autorisation accepter une exécution testamentaire.

* Il en serait de même de la femme mariée sous le régime dotal, dont tous les biens seraient paraphernaux, situation qui offre beaucoup d'analogie avec la séparation de biens contractuelle (cpr. art. 1449, 1536, 1538, 1576); et aussi, quoiqu'il y ait quelque difficulté sur ce point, de la femme dotale dont quelques biens seulement seraient paraphernaux. En effet, en pareil cas, l'autorisation de la justice équivaut à peu près à l'autorisation maritale, au point de vue de l'efficacité des obligations contractées par la femme.

.Deuxième application. — « *Le mineur ne pourra être exécuteur testa-* » *mentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur* » (art. 1030).

= *Le mineur ne pourra* être *exécuteur testamentaire.* La loi ne dit pas : *être nommé.* Et en effet la nomination d'un mineur produirait ses effets, s'il était majeur au moment du décès du testateur. Il suffit que l'exécuteur testamentaire soit capable au moment où il est appelé à remplir ses fonctions.

La disposition de notre article atteint même le mineur émancipé (arg. du mot *curateur*); et c'est avec raison, car le mineur émancipé ne jouit que d'une capacité incomplète.

Toute personne capable de s'obliger peut d'ailleurs être exécuteur testamentaire, la loi n'ayant établi ici aucune incapacité spéciale. Ainsi on peut confier cette mission à un légataire, à un témoin du testament et même au notaire qui le reçoit.

Celui qui a accepté une exécution testamentaire peut-il ensuite y renoncer? On admet en général l'affirmative, pourvu que la renonciation ne soit pas intempestive (arg. art. 2007). Toutefois la renonciation de l'exécuteur testamentaire lui ferait perdre le bénéfice du legs, qui, dans l'intention du testateur, aurait été subordonné à l'accomplissement de sa mission : ce qui est une question de fait.

I. *De la saisine qui peut être accordée aux exécuteurs testamentaires.*

626. « *Il* (le testateur) *pourra leur donner la saisine du tout, ou* » *seulement d'une partie de son mobilier; mais elle ne pourra durer au-* » *delà de l'an et jour à compter de son décès. — S'il ne la leur a pas* » *donnée, ils ne pourront l'exiger* » (art. 1026).

Nos anciennes coutumes accordaient de plein droit la saisine à l'exécuteur testamentaire pendant l'an et jour à compter du décès. Suivant les unes (c'étaient les plus nombreuses), cette saisine ne portait que sur le mobilier (v. notam. cout. de Paris, art. 297); d'après les autres, elle s'appliquait aux meubles et aux immeubles (exemple : cout. d'Orléans, art. 210), mais, en ce qui concerne les immeubles, elle ne donnait à l'exécuteur testamentaire que le droit d'en toucher les revenus pendant le temps de sa durée. Le code civil, on le voit, a emprunté aux coutumes la règle relative à la durée de la saisine (an et jour à compter du décès), et aussi la règle généralement admise en ce qui concerne les biens auxquels s'applique la saisine : « du tout ou d'une partie de son *mobilier* », dit l'art. 1026, ce qui exclut les immeubles; mais, au lieu d'accorder la saisine de plein droit aux exécuteurs testamentaires, comme le faisaient les coutumes, il ne leur permet de la réclamer qu'en vertu d'une disposition formelle du testateur, qui peut d'ailleurs restreindre la saisine à une partie du mobilier. Il est douteux que le législateur, en réformant notre droit sur ce point, l'ait amélioré. Le rôle de l'exécuteur testamentaire est, comme on le verra, fort effacé, lorsqu'il n'a pas la saisine; il est alors un surveillant plutôt qu'un exécuteur. Est-il raisonnable de supposer, dans le silence du testateur, qu'il n'ait pas voulu conférer à son exécuteur testamentaire un droit sans lequel il ne peut remplir que très imparfaitement sa mission ?

Un testateur pourrait accorder à son exécuteur la saisine de tout son mobilier, alors même qu'il laisserait des héritiers réservataires. Notre ancien droit le décidait ainsi, et la même solution doit encore être admise, l'art. 1026 n'établissant aucune restriction pour ce cas. D'ailleurs les héritiers réservataires peuvent faire cesser la saisine, en remettant à l'exécuteur testamentaire une somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers.

Le délai d'an et jour, que le législateur a assigné comme *maximum* à la durée de la saisine, court à compter du décès de testateur (art. 1026), sauf à reculer ce point de départ jusqu'au jour où l'exécuteur testamentaire aura pu se mettre effectivement en possession, si, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, par exemple par suite de la découverte tardive du testament, il a été empêché de se mettre de suite en possession. Cette décision, qui est conforme à la tradition, est conforme aussi au vœu de la loi, qui accorde un an à l'exécuteur testamentaire pour pourvoir à l'exécution des volontés du défunt.

627. Effets de la saisine. — Elle permet aux exécuteurs testamentaires de se mettre en possession des meubles héréditaires, en tout ou en partie, suivant l'étendue que le testateur a donnée à la saisine. Ils peuvent appréhender cette possession de leur propre autorité, si le testament qui leur confère la saisine est authentique, et seulement après avoir obtenu l'envoi en possession conformément à l'art. 1008, si le testament est olographe ou mystique. Arg. art. 1008.

La saisine des exécuteurs testamentaires ne fait pas obstacle à celle que la loi accorde aux héritiers légitimes (art. 724), ou au légataire universel dans le cas de l'art. 1006. En effet la saisine des héritiers légitimes ou des légataires universels est une saisine *de droit,* celle des exécuteurs testamentaires une saisine *de fait.* En d'autres termes, la saisine des héritiers légitimes leur confère la possession *de droit* avec tous les avantages qui y sont attachés ; tandis que la saisine des exécuteurs testamentaires ne leur confère que la possession *de fait :* ils possèdent à peu près comme posséderait un dépositaire ou un séquestre, c'est-à-dire non pour eux-mêmes mais pour les héritiers ou légataires universels à qui ils seront tenus de rendre

compte. Le principal avantage de cette possession de fait est d'empêcher les détournements qui pourraient être commis par les héritiers au préjudice des légataires d'objets mobiliers et de permettre aux exécuteurs testamentaires de payer directement les légataires.

La saisine ne s'applique pas aux fruits des biens héréditaires non encore échus ou perçus lors de l'ouverture de la succession. En effet le testateur ne peut donner que la saisine *de son mobilier* (art. 1026), c'est-à-dire du mobilier qui lui appartient lors de son décès.

L'exécuteur testamentaire saisi a le droit de toucher les sommes dues à la succession, et peut même, suivant l'opinion générale, poursuivre les débiteurs pour les forcer à payer.

On le voit, la saisine de l'exécuteur testamentaire porte une grave atteinte aux droits des héritiers. La loi leur donne un moyen fort simple de la faire cesser : « *L'héritier pourra faire cesser la saisine,* » *en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante* » *pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement* » (art. 1027). L'*offre* dont parle ce texte est évidemment une offre réelle, et non une offre simplement verbale.

II. *Fonctions de l'exécuteur testamentaire.*

628. Elles varient suivant que l'exécuteur testamentaire a ou n'a pas la saisine. On peut dire, d'une manière générale, que l'exécuteur testamentaire saisi est chargé d'*exécuter* le testament en payant les legs mobiliers, tandis que l'exécuteur testamentaire non saisi est seulement chargé de *veiller à l'exécution* du testament. C'est ce qui ressort des art. 1031 à 1033.

Aux termes de l'art. 1031 : « *Les exécuteurs testamentaires feront* » *apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.* » — *Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment* » *appelé, l'inventaire des biens de la succession. Ils provoqueront la* » *vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les* » *legs.* — *Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté; et ils pour-* » *ront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en sou-* » *tenir la validité.* — *Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du* » *testateur, rendre compte de leur gestion* ».

La disposition des alinéas 1 et 2, relative à l'apposition des scellés et à l'inventaire, est applicable aux exécuteurs non saisis comme aux exécuteurs saisis. On remarquera que l'accomplissement de la première formalité, l'apposition des scellés, n'est obligatoire pour les exécuteurs testamentaires que lorsqu'il y a des héritiers mineurs (non pourvus d'un tuteur, arg. art. 911 C. pr.), interdits ou absents, tandis que l'accomplissement de la deuxième, l'inventaire, l'est dans tous les cas.

L'exécuteur testamentaire saisi doit payer les legs mobiliers faits par le défunt. Quant aux legs d'immeubles, il n'a pas à s'en occuper, si ce n'est tout au plus pour en surveiller l'exécution; les légataires d'immeubles, à raison de la nature même de l'objet de leurs legs, n'avaient pas besoin d'aussi fortes garanties que les légataires de meubles. Si les legs mobiliers faits par le défunt ont pour objet des meubles héré-

ditaires en nature, l'exécuteur testamentaire les délivrera aux légataires. Quant aux legs de sommes d'argent, il les paiera sur le numéraire de la succession, et en cas d'insuffisance « il *provoquera* la vente du mobilier ». Ces expressions disent assez que l'exécuteur testamentaire n'a pas le droit de vendre le mobilier à l'amiable : ce qui pourrait compromettre les droits des héritiers.

L'exécuteur testamentaire ne doit pas procéder au paiement des legs sans la participation de l'héritier, qui est intéressé à les contester. Au cas d'opposition de celui-ci, la justice sera naturellement appelée à vider le différend. L'exécuteur testamentaire, qui paierait un legs sans l'approbation de l'héritier ou l'ordre du juge, s'exposerait aux conséquences d'une action en responsabilité de la part de l'héritier qui soutiendrait que le paiement a été fait à tort, par exemple parce que le legs était nul.

Ce qui vient d'être dit du paiement des legs doit être étendu à la vente du mobilier, qui se fait en définitive pour le compte des héritiers, propriétaires de ce mobilier. L'exécuteur testamentaire ne doit y faire procéder que du consentement de l'héritier, ou, à défaut, sur l'ordre du juge. Si la vente d'une partie seulement du mobilier est nécessaire, c'est à l'héritier qu'il appartient de désigner les meubles qu'il entend conserver.

* De ce que l'exécuteur testamentaire saisi est chargé du paiement des legs mobiliers, on aurait peut-être tort de conclure que la demande en délivrance doit être formée contre lui. L'exécuteur testamentaire n'est chargé que de l'exécution *matérielle* de la disposition, de la délivrance *de fait*, si l'on peut ainsi dire. C'est à l'héritier, saisi de la propriété et aussi de la possession *de droit* des choses héréditaires, qu'il appartient de faire la délivrance que nous appellerons *de droit*, celle qui implique une approbation du legs. Régulièrement, c'est donc contre celui-ci que doit être formée la demande en délivrance, et il donnera à l'exécuteur testamentaire l'ordre de payer. On peut fort bien soutenir que la demande en délivrance, formée contre l'exécuteur testamentaire, serait irrégulière, et notamment qu'elle serait insuffisante pour faire courir les intérêts.

Aux termes de l'alinéa 4 de notre article, les exécuteurs testamentaires (saisis ou non, car la loi ne distingue pas), « veilleront à ce que le testament soit exécuté ». De plus « ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en » soutenir la validité ». Bien entendu, les exécuteurs testamentaires peuvent intervenir, non seulement dans les contestations relatives à la validité du testament tout entier, mais aussi dans les contestations relatives à la validité d'une de ses dispositions. Bien plus, ils peuvent prendre les devants, et *agir* dans certains cas pour procurer l'exécution du testament. Ce droit d'action offre surtout de l'utilité pour l'exécution des dispositions que le testateur a faites dans son intérêt personnel : comme s'il a ordonné qu'on lui construisît un monument ou qu'on fît dire des messes pour le repos de son âme. Des dispositions de ce genre resteraient souvent à l'état de lettre morte, si l'exécuteur testamentaire ne pouvait pas prendre l'initiative de leur exécution.

Enfin les exécuteurs testamentaires *saisis* doivent, à l'expiration du délai fixé par le testateur pour la durée de la saisine, délai qui ne peut pas dépasser l'an et jour, rendre compte de leur gestion à qui de droit. En aucun cas, ils ne peuvent retenir la possession des meubles après l'expiration dudit délai, et cela alors même que l'exécution du testament ne serait pas encore terminée (art. 1031 *in fine*). Ils sont d'ailleurs responsables des fautes qu'ils commettent dans leur gestion. A quoi servirait d'exiger d'eux la capacité de s'obliger (art. 1028), s'ils ne pouvaient être responsables envers personne? Leur responsabilité s'apprécierait d'après les règles écrites dans les art. 1991 et 1992.

629. L'exécution testamentaire est gratuite, nous l'avons déjà dit.

Mais tout au moins l'office que remplit l'exécuteur testamentaire ne doit-il pas être pour lui la source d'un préjudice, *nemini officium suum debet esse damnosum;* il a donc droit au remboursement des frais de toute nature qu'il a pu faire pour l'exécution de son mandat. On lit à ce sujet dans l'art. 1034: « *Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour* » *l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs* » *à ses fonctions, seront à la charge de la succession* ».

630. Tout ce qui a été dit jusqu'ici s'applique, soit qu'il y ait un seul exécuteur testamentaire, soit qu'il y en ait plusieurs.

Voici maintenant une disposition qui est spéciale au cas où il y a plusieurs exécuteurs testamentaires : « *S'il y a plusieurs exécuteurs tes-* » *tamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres;* » *et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur* » *a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que* » *chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée* » (art. 1033).

Ainsi il faut distinguer.

a. — Le testateur a divisé les fonctions des exécuteurs testamentaires. Chacun doit se renfermer dans le cercle qui lui a été tracé. Aucune solidarité n'existe en ce cas entre les exécuteurs testamentaires, s'ils ne sont pas sortis des limites de leurs attributions respectives.

b. — Le testateur n'a pas divisé les fonctions des exécuteurs testamentaires. Alors un seul peut agir au défaut des autres, et ils sont tous solidairement responsables *du compte* du mobilier qui leur a été confié : ce qui suppose qu'ils ont la saisine.

III. *De la nature de l'exécution testamentaire et de ses caractères.*

631. L'exécution testamentaire est une institution du pur droit civil. Une disposition formelle de la loi était nécessaire pour la créer et en autoriser l'usage. En effet le testateur se survit pour ainsi dire à lui-même dans la personne du mandataire qu'il a choisi; il commande pour après sa mort, alors que la mort met naturellement fin à tout ici-bas. D'un autre côté, l'exécution testamentaire apporte des entraves au droit de propriété, qui appartient aux héritiers du testateur sur les biens dont celui-ci n'a pas disposé, et contient ainsi une restriction aux principes fondamentaux de la matière, d'après lesquels tout propriétaire a sur sa chose un droit de maîtrise absolu. A ce double titre, le mandat que contient l'exécution testamentaire est un mandat d'une nature tout exceptionnelle, dont la loi peut seule fixer l'étendue et les limites. Il résulte de là que les exécuteurs testamentaires ne peuvent rien faire en dehors de leur mandat légal, et que le testateur lui-même n'a pas le droit d'élargir ce mandat en augmentant les pouvoirs que la loi leur accorde, ni celui de dispenser ses exécuteurs testamentaires de l'accomplissement des formalités qu'elle prescrit dans l'intérêt des héritiers.

L'application de ces principes conduit aux déductions suivantes, dont plusieurs sont rejetées par la jurisprudence, qui a une tendance manifeste à considérer le mandat des exécuteurs testamentaires comme susceptible d'extension en vertu de la volonté du testateur.

1° Le testateur ne peut pas accorder à ses exécuteurs testamentaires la saisine de ses immeubles, l'art. 1026 n'autorisant que la saisine du mobilier.

2° La durée de la saisine ne peut en aucun cas dépasser la limite fixée par l'art 1026 : an et jour à compter du décès. On ne devrait donc tenir aucun compte de la volonté contraire exprimée par le testateur; et d'autre part, à l'expiration du délai fixé pour la cessation de la saisine, le juge ne pourrait pas en autoriser la prolongation. — Sur ces deux premiers points on est d'accord; sur les autres, il y a des divergences plus ou moins graves.

3° Le testateur ne peut pas valablement dispenser son exécuteur testamentaire de l'obligation de faire inventaire, qui lui est imposée par l'art. 1031 al. 2.

* 4° Les exécuteurs testamentaires ne peuvent pas faire vendre les immeubles pour payer les legs ; la loi ne les autorise à provoquer que la vente du mobilier (art. 1031 al. 3). Le testateur ne pourrait même pas leur conférer ce pouvoir par une clause formelle. En principe, le propriétaire seul peut vendre; pour qu'un autre puisse avoir ce droit, il faut une disposition formelle de la loi. Il en faudrait une aussi, pour que le testateur pût conférer à son exécuteur testamentaire le droit de faire vendre ses biens à une époque où il ne sera plus propriétaire. La cour de cassation, qui juge le contraire, dit que le testateur, qui aurait pu ne rien laisser à ses héritiers (on les suppose non réservataires), peut à plus forte raison ne leur laisser ses biens que sous telle condition, sous cette condition notamment que les exécuteurs testamentaires pourront faire vendre les immeubles pour pourvoir à l'exécution du testament. — Mais la règle *Qui peut le plus peut le moins* n'est pas toujours un guide bien sûr. Souvent le législateur y déroge, par exemple quand il ne permet pas de donner aux exécuteurs testamentaires la saisine des immeubles et quand il défend de leur donner celle du mobilier pour un délai plus long que l'an et jour. L'interprète doit aussi ne pas tenir compte de cette règle, quand il y a des raisons pour permettre le plus et pour ne pas permettre le moins ; or c'est ce qui arrive ici. Que le testateur donne, s'il le veut, ses biens à d'autres qu'à ses héritiers. Mais s'il les leur laisse, qu'il n'entrave pas arbitrairement leur droit de propriété en y apportant toutes sortes de restrictions. Le droit de faire vendre les immeubles n'est-il pas d'ailleurs plus exorbitant que le droit d'en conférer la saisine, que tout le monde s'accorde à refuser au testateur ?

* 5° Le testateur ne peut pas dispenser ses exécuteurs testamentaires de l'obligation de rendre compte de leur gestion. On oppose encore ici la maxime *Qui peut le plus peut le moins :* le testateur, dit-on, pourrait léguer à l'exécuteur testamentaire le reliquat de son compte; donc il peut à plus forte raison priver ses héritiers de tout contrôle quant à l'administration de l'exécuteur testamentaire, et obliger ses héritiers à se contenter de ce que l'exécuteur testamentaire voudra bien leur remettre comme représentant le reliquat de son compte. La réponse est toujours la même : sans doute le testateur peut ne pas laisser ses biens à ses héritiers; mais il lui est interdit de les leur laisser et de ne pas les leur laisser tout à la fois. En d'autres termes, après leur avoir transmis ses biens, il ne peut pas entraver arbitrairement leur droit de propriété sur ces biens. Or c'est ce qu'il fait en dispensant l'exécuteur testamentaire de l'obligation de rendre compte, sans lui léguer le reliquat. Le reliquat appartient alors aux héritiers; ils doivent avoir le moyen d'en faire fixer le montant d'une manière régulière. A quoi l'on peut ajouter que la dispense de rendre compte, qui permet à un exécuteur peu délicat de s'approprier un reliquat que le

testateur n'a pas voulu lui léguer, est une clause de nature à favoriser la mauvaise foi, partant une clause immorale et qui doit à ce titre être réputée non écrite.

6° Le mandat de l'exécuteur testamentaire ne comprend pas le paiement des dettes : le nom même d'exécuteur *testamentaire* le dit suffisamment, et la loi le donne à entendre, puisqu'elle ne parle que du paiement des legs. Le testateur ne pourrait même pas, par une clause formelle du testament, conférer aux exécuteurs testamentaires le mandat de payer ses dettes. Sans préjudice bien entendu du droit qui appartient aux créanciers de saisir le mobilier dont l'exécuteur testamentaire a la saisine.

IV. *Comment l'exécution testamentaire prend fin.*

632. L'exécution testamentaire prend fin :

1° *Par la mort de l'exécuteur testamentaire.* Cela résulte implicitement de l'art. 1032, ainsi conçu : « *Les pouvoirs de l'exécuteur* » *testamentaire ne passeront point à ses héritiers* ». Cette instransmissibilité des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire tient à la nature de sa mission, qui est un office d'ami et constitue par suite une charge essentiellement personnelle ;

2° *Par l'exécution complète du testament;*

3° *Par la renonciation de l'exécuteur testamentaire à la mission qu'il avait d'abord acceptée* (appliquez par analogie l'art. 2007) ;

4° *Par la destitution de l'exécuteur testamentaire,* prononcée par la justice, sur la demande des intéressés, pour cause d'incapacité ou d'infidélité (arg. art. 444-2°).

SECTION VIII

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ

633. *Nullité, révocation, caducité :* trois mots qui éveillent ici des idées tout à fait différentes.

La *nullité* est un vice originel. Une disposition testamentaire est *nulle:* 1° lorsque le testament qui la contient n'a pas été fait dans les formes légales (art. 1001); 2° lorsque le testateur n'avait pas la capacité requise.

La *révocation* et la *caducité* supposent l'une et l'autre une disposition testamentaire valable à l'origine.

La *révocation* résulte soit de la volonté du testateur, qui anéantit une disposition dans laquelle il ne veut plus persévérer, soit d'une décision judiciaire rendue après sa mort et basée sur l'ingratitude ou l'indignité du légataire, ou sur l'inaccomplissement des charges qui lui étaient imposées.

La *caducité* (de *cadere,* tomber) comprend toutes les autres causes qui peuvent empêcher une disposition testamentaire valable de produire son effet ; peu importe qu'elles tiennent à la personne du légataire, comme il arrive si le légataire meurt avant le testateur (art. 1039), ou

à la chose léguée, par exemple si elle périt par cas fortuit avant le décès du testateur (art. 1042).

Le législateur s'occupe dans cette section de la *révocation* et de la *caducité* des legs. Nous allons les étudier dans deux paragraphes distincts; nous traiterons dans un troisième des conséquences de la nullité, de la révocation et de la caducité.

§ I. *De la révocation des testaments.*

634. La révocation d'un testament peut être volontaire ou judiciaire.

N° 1. De la révocation volontaire.

635. C'est celle qui résulte de la volonté du testateur. Les dispositions testamentaires sont essentiellement révocables, *ambulatoria est hominis voluntas usque ad extremum vitæ spiritum.* Le testateur peut donc modifier ses dispositions aussi souvent qu'il le juge à propos. Sa dernière volonté devra seule être exécutée : *in testamentis novissimæ scripturæ prævalent.* Aussi appelle-t-on souvent les dispositions testamentaires des dispositions de *dernière volonté.* Cette faculté de révocation est tellement essentielle que le testateur ne pourrait pas valablement y renoncer.

Il faudrait même déclarer nulle toute clause qui aurait pour but de la gêner arbitrairement. Telles seraient les clauses que l'on appelait autrefois *dérogatoires* ou *révocatoires.* En voici un exemple : « Tout testament que je pourrai faire postérieurement à celui-ci sera nul, s'il ne commence pas par ces mots : *Ad majorem dei gloriam* ». L'art. 76 de l'ordonnance de 1735, qui introduisit tant de réformes utiles dans la législation relative aux testaments, avait déjà proscrit les clauses dérogatoires, assez usitées dans notre ancien droit, où elles étaient devenues la source d'une foule de contestations ruineuses pour les familles; l'art. 895 de notre code est conçu dans le même esprit.

La révocation, qui émane de la volonté du testateur, peut être expresse ou tacite.

I. *De la révocation expresse.*

636. La révocation expresse est celle qui est faite *expressis verbis,* comme si le testateur a dit : « Je révoque tout testament par moi fait antérieurement au présent ».

637. Forme de la révocation expresse. — « *Les testaments ne » pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament pos- » térieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du change- » ment de volonté* » (art. 1035). Il résulte de ce texte que la révocation expresse, la seule à laquelle notre disposition s'applique, bien qu'on ait oublié de le dire, est un acte *solennel,* comme le testament qu'elle a pour objet de détruire totalement ou partiellement. Faite en toute autre forme que l'une de celles prescrites par l'art. 1035, la révoca-

tion expresse serait nulle. Ces formes sont au nombre de deux, entre lesquelles le testateur a le choix, savoir : un testament postérieur ou un acte notarié.

1° *Un testament postérieur,* quelle qu'en soit d'ailleurs la forme, pourvu bien entendu qu'il soit valable ; ainsi un testament par acte public pourrait être révoqué par un testament olographe, ou même par un testament privilégié.

Serait valable la révocation d'un testament, contenue dans un acte sous seing privé entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, bien qu'il ne contînt aucun legs. On a objecté contre cette solution que l'acte dont il s'agit est bien fait dans la forme d'un testament olographe (art. 970), mais que ce n'est pas un testament, parce que le testateur n'y donne rien à personne ; or, d'après l'art. 1035, la révocation n'est valable qu'autant qu'elle est écrite dans un testament. L'objection ne porte pas. L'acte dont il s'agit est bien un testament, d'après la définition même de l'art. 895. En effet le testateur y « dispose de ses biens », quoiqu'il ne les donne pas, puisqu'il les retire à quelqu'un à qui il les avait donnés d'abord : ce qui a pour résultat de les faire revenir à ses héritiers légitimes. D'ailleurs la loi se montre moins exigeante, en ce qui concerne la question de forme, pour la révocation que pour le testament lui-même, puisque, comme on le verra tout à l'heure, elle se contente d'un acte notarié ordinaire pour la révocation, tandis qu'elle ne s'en contente pas pour un testament (*supra* n. 556). Comment se pourrait-il dès lors qu'elle n'eût pas accepté pour la révocation la forme olographe qu'elle accepte pour le testament ? La jurisprudence est en ce sens. Bordeaux, 5 mai 1879, Sir., 79. 2. 216.

2° *Un acte notarié.* La loi entend parler certainement d'un acte notarié ordinaire, et non d'un acte notarié semblable à celui qu'elle exige exceptionnellement pour le testament par acte public (art. 971). L'acte notarié contenant la révocation pourra donc être reçu, conformément au droit commun, par deux notaires ou par un notaire et deux témoins ; il ne sera pas nécessaire qu'il soit dicté.....

Toutefois l'acte notarié contenant révocation de testament, rentre dans la catégorie de ceux pour lesquels la loi du 21 juin 1843, art. 2, exige la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires, au moins au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de sa signature par le testateur.

Mais voilà qu'un testateur, après avoir fait un premier testament dans une forme quelconque, en fait un deuxième *par acte public;* ce dernier contient différents legs, et en outre il révoque expressément le premier ; il se trouve que ce deuxième testament est nul pour inobservation de l'une des formalités particulières au testament par acte public, par exemple pour avoir été reçu par un notaire en présence de trois témoins seulement au lieu de quatre (art. 971) ; mais il réunit d'ailleurs toutes les conditions requises pour la validité d'un acte notarié ordinaire. Les legs contenus dans ce testament seront certainement sans valeur. Le premier testament sera-t-il néanmoins révoqué ? On l'a soutenu en raisonnant comme suit : le deuxième testament contient ici deux ordres de dispositions d'une nature tout-à-fait distincte : des legs et une révocation expresse du premier testament. Les legs sont nuls, c'est incontestable, puisque l'acte qui les contient ne vaut pas comme testament. Mais il en est autrement de la révocation, l'acte qui la contient étant valable comme acte notarié ordinaire, ce qui suffit aux exigences de l'art. 1035. Des deux volontés qu'a exprimées le testateur, il y en a une, celle relative aux legs, qu'on doit considérer

comme non avenue, puisqu'il ne l'a pas manifestée dans la forme légale ; mais ce n'est pas une raison pour ne pas exécuter l'autre, celle relative à la révocation, puisqu'elle satisfait aux exigences de la loi en ce qui concerne la forme. Donc le premier testament sera révoqué. — En raisonnant ainsi, on scinde la volonté du testateur qui semble bien être indivisible. Il n'a voulu qu'une seule chose, tester ; et la révocation de son premier testament n'était qu'une conséquence des nouvelles dispositions qu'il a faites ; elle doit donc être considérée comme liée au sort de ces dispositions. C'est agir manifestement en sens contraire de la volonté du testateur que de reconnaître effet à la révocation en annulant les dispositions qui y ont donné lieu dans sa pensée. Quel va être d'ailleurs le résultat final de cette manière de procéder ? C'est qu'en définitive les biens du testateur reviendront à ses héritiers légitimes, qu'il excluait cependant dans son deuxième testament comme dans le premier. Est-ce là ce qu'il a voulu ?

* **638.** La volonté du testateur étant susceptible de changer jusqu'à son décès, il peut, après avoir révoqué son testament, rétracter sa révocation. Conformément à cette règle de raison, qu'on peut détruire une volonté par un procédé analogue à celui qui a été employé pour la manifester, *nil tam naturale est quam eodem genere quidque dissolvi quo colligatum est,* on doit décider que la rétractation de la révocation pourrait être faite dans la même forme que la révocation elle-même, c'est-à-dire non-seulement par un testament postérieur (tout le monde est d'accord sur ce point), mais aussi par un acte notarié ordinaire (art. 1035). D'ailleurs cette rétractation n'a pas pour but de créer de nouvelles dispositions testamentaires, et on ne voit pas pourquoi elle devrait nécessairement être faite dans la forme d'un testament.

En supposant que la révocation soit rétractée, quel sera l'effet de cette rétractation ? Le testament révoqué revivra-t-il ? Telle sera certainement l'intention du testateur, quand la révocation rétractée était pure et simple, c'est-à-dire non accompagnée de legs. Autrement la rétractation n'aurait pas de sens, puisqu'elle laisserait les choses en l'état où elles étaient auparavant : la révocation pure et simple du testament avait eu pour résultat de faire revenir la succession aux héritiers légitimes du testateur, et elle leur resterait encore après la rétractation, si cette rétractation ne faisait pas revivre le premier testament. Il faut donc dire que le testament révoqué revivra. Rien d'impossible à cela, car ce testament a eu une existence légale ; il était seulement paralysé par un obstacle que le testateur a fait disparaître. Mais la question devient beaucoup plus délicate, si la révocation rétractée était accompagnée de dispositions nouvelles, si l'on suppose, en d'autres termes, qu'après avoir fait un premier testament, le testateur le révoque expressément par un autre testament dans lequel, en outre, il dispose à nouveau de ses biens, et qu'il rétracte ensuite purement et simplement sa nouvelle œuvre, c'est-à-dire la révocation et les legs qui l'accompagnaient. Alors il y a doute sur le point de savoir si le testateur, en révoquant le testament qui contient la révocation, a voulu revenir à son premier testament, ou s'il a voulu abandonner à la fois les deux testaments et revenir à la succession *ab intestat.* C'est au juge du fait qu'il appartiendrait de rechercher quelle a été l'intention du testateur. Cass., 20 juin 1883, Sir., 84. 1. 377. Dans le doute absolu, il devrait peut-être se décider en faveur des héritiers *ab intestat,* qui ne peuvent être dépouillés qu'en vertu d'une volonté certaine. Rennes, 1er juillet 1878, Sir., 79. 2. 117.

II. *De la révocation tacite.*

639. La révocation tacite est celle qui résulte d'une volonté que le testateur n'a pas exprimée, mais qu'il a clairement manifestée en accom-

plissant certains actes. Quels sont ces actes ? La loi en indique deux : 1° la confection d'un nouveau testament incompatible avec le précédent; 2° l'aliénation de la chose léguée. Il y a lieu d'ajouter : 3° la destruction volontaire du testament par le testateur.

1° *Testament postérieur.*

640. En droit romain, le testament devant nécessairement comprendre toute l'hérédité, d'après la règle *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest,* il en résultait que deux testaments successifs étaient forcément incompatibles l'un avec l'autre. On donnait en ce cas la préférence au plus récent, comme contenant l'expression de la dernière volonté du testateur. De là cette règle que formulent les institutes : *Posteriori testamento prius rumpitur.* il en est autrement dans notre droit. On peut par testament ne disposer que d'une partie de ses biens (art. 895); d'où il suit que plusieurs testaments successifs ne sont pas nécessairement incompatibles entre eux, chacun pouvant s'appliquer à des biens qui ne sont pas compris dans les précédents. Quel que soit le nombre des testaments laissés par un défunt, ces testaments devront tous s'exécuter simultanément, si leurs dispositions peuvent se concilier. Dans le cas contraire, on donnera la préférence aux dispositions les plus récentes qui seront considérées comme révoquant tacitement les plus anciennes, d'après la règle *In testamentis novissimæ scripturæ prævalent.* C'est bien là ce qui résulte de l'art. 1036 : « *Les » testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse » les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions » y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui » seront contraires* ». Il y a peu d'intérêt à savoir quelle différence existe entre les dispositions *incompatibles* et les dispositions *contraires,* puisque les unes et les autres sont soumises à la même règle. Ces expressions désignent toutes les dispositions, qui ne sont pas susceptibles de se concilier les unes avec les autres et qui par suite ne peuvent pas être exécutées simultanément. On aurait pu se contenter de l'expression *incompatible,* à l'énergie de laquelle le mot *contraire* paraît ne rien ajouter.

Cela posé, l'incompatibilité peut être matérielle ou intentionnelle.

a. — *Matérielle,* lorsqu'il y a impossibilité absolue d'exécuter simultanément les dispositions contenues dans les différents testaments. Tel serait le cas où un testateur, après avoir légué une chose *purement et simplement* dans un premier testament, aurait légué cette même chose *conditionnellement* au même légataire par un deuxième testament.

Il y aurait encore incompatibilité matérielle, si le testateur ayant légué à une personne la pleine propriété d'un bien lui avait légué par un testament postérieur l'usufruit du même bien. Il est matériellement impossible d'exécuter simultanément ces

ceux dispositions, de donner d'une part la pleine propriété au légataire, en exécution du premier testament, et d'autre part l'usufruit du même bien, en exécution du deuxième, ce qui serait lui donner une servitude sur sa propre chose. Il faut donc décider que la dernière disposition devra seule être exécutée; elle abroge la première comme étant matériellement incompatible avec elle.

* Autre serait le cas où le testateur, après avoir légué à une personne tous ses biens en pleine propriété, lui en aurait ensuite donné l'usufruit par donation entre vifs. Ici le testateur a rendu la disposition irrévocable, en tant qu'elle s'appliquait à l'usufruit. Il l'a laissée subsister telle quelle, en tant qu'elle s'appliquait à la nue propriété, et par conséquent s'il meurt sans l'avoir révoquée, le légataire en recueillera le bénéfice. Douai, 20 décembre 1882, Sir., 84. 2. 114.

b. — Intentionnelle. L'incompatibilité intentionnelle est celle qui résulte de l'intention du testateur, manifestée par l'ensemble de ses dispositions testamentaires. A la rigueur, il serait possible d'exécuter simultanément les dispositions contenues dans les divers testaments laissés par le défunt; mais les circonstances de la cause ou les termes dont le testateur s'est servi démontrent qu'il a entendu que la dernière disposition fût seule exécutée.

La question de savoir s'il y a incompatibilité intentionnelle entre deux dispositions, qui ne sont pas matériellement incompatibles, est essentiellement une question de fait, dont la solution rentre dans le domaine souverain du juge. Cass., 19 avril 1882, Sir., 82. 1. 272, et 23 juillet 1883, Sir., 84. 1. 377. On ne peut que citer des exemples. — Par un premier testament, le testateur a légué l'immeuble A à Paul; par un testament postérieur, il lègue ce même immeuble à Pierre. Il n'y a pas d'incompatibilité matérielle entre les deux dispositions; car Pierre et Paul peuvent à la rigueur être considérés comme deux colégataires conjoints du même immeuble. Mais il est bien plus probable que le testateur a entendu révoquer le legs fait à Paul et donner l'immeuble tout entier à Pierre. Ce serait absolument certain, s'il avait dit dans le deuxième testament : « Je lègue à Pierre l'immeuble A *que j'avais précédemment légué à Paul* ». — Autre espèce : Par un premier testament, le testateur a institué Paul son légataire universel; par un deuxième, il institue Pierre. Pas d'incompatibilité matérielle entre ces deux dispositions, car on peut instituer plusieurs légataires universels (art. 1003). Toute la question est de savoir si telle a été l'intention du testateur, ou s'il n'a pas plutôt voulu substituer Pierre à Paul comme légataire universel. Cette dernière interprétation paraît bien plus probable, surtout si le testateur est étranger aux connaissances juridiques. Un testateur qui ne sait pas le droit s'imaginera difficilement que lorsqu'il dit : « Je lègue tous mes biens à Pierre », cela puisse signifier que Pierre devra les partager avec Paul auquel il les avait légués par un précédent testament. — Enfin le testateur a dit dans un premier testament : « Je lègue l'immeuble A à Paul », puis dans un testament postérieur : « Je lègue tous mes biens à Pierre ». Le legs fait à Paul est-il révoqué? La jurisprudence incline vers la négative, et il est certain qu'il n'y a nulle incompatibilité matérielle entre les deux dispositions. Mais peut-être n'est-ce pas tenir un compte suffisant de ce grand principe : que, dans toutes les questions de ce genre, la volonté du testateur doit être le régulateur suprême, qu'il ne faut se préoccuper par conséquent que d'une manière secondaire du point de savoir si *en droit* telle disposition testamentaire est compatible avec telle autre, et que telle interprétation d'un testament, qui serait excellente si le disposant était un jurisconsulte, court le risque d'être directement contraire à sa volonté, s'il ignore les principes les plus élémentaires du droit. Or, quand un testa-

teur qui est étranger à cette science dit : « Je lègue tous mes biens à Pierre », il se figurera difficilement que cette disposition puisse laisser subsister un legs fait antérieurement à Paul, dont il ne parle pas, et qu'il puisse être nécessaire par suite de révoquer expressément ce legs.

641. Aux termes de l'art. 1037 : « *La révocation faite dans un testa-* » *ment postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans* » *exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par* » *leur refus de recueillir* ». Le législateur tranche ici, peut-être pour tarir dans leur source de nombreux procès, une question d'intention dont il aurait mieux fait, suivant quelques-uns, de laisser la solution au juge du fait. Le testateur, qui révoque une disposition testamentaire expressément ou tacitement (la loi ne distingue pas) par un testament postérieur, entend peut-être subordonner la révocation qu'il fait à l'exécution de ses nouvelles dispositions; mais peut-être aussi entend-il que la révocation produise son effet quoi qu'il arrivè, c'est-à-dire alors même que les nouvelles dispositions demeureraient sans exécution par suite de l'incapacité du légataire ou de son refus de recueillir. C'est dans ce dernier sens que la loi interprète de sa propre autorité la volonté du testateur, en supposant bien entendu qu'il ne se soit pas expliqué; car, s'il avait dit que la révocation de son premier testament est subordonnée à l'exécution du deuxième, il est clair que sa volonté devrait être suivie.

* Au cas où les nouvelles dispositions resteraient sans effet par suite « de l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire ou par suite de leur refus de recueillir », il faudrait assimiler celui où elles resteraient sans effet par suite du prédécès du légataire (art. 1039). Il y a même raison de décider, la disposition étant caduque dans cette dernière hypothèse comme dans les deux premières. Mais il faudrait donner une solution différente au cas où les nouvelles dispositions demeureraient stériles comme entachées de substitution prohibée (art. 896). Ici la disposition est *nulle* et non pas *caduque*. De plus, à la différence de ce qui a lieu dans les cas prévus par l'art. 1037, c'est par suite d'un fait personnel au testateur que la disposition reste sans effet. On est donc en dehors des termes de cet article; et, comme sa disposition est exceptionnelle, on ne doit pas l'étendre à cette hypothèse. Nous concluons que le juge aurait à apprécier, d'après les circonstances de la cause, quelle a été l'intention du testateur. La jurisprudence est indécise sur cette question.

* Par le même motif, l'art. 1037 ne devrait pas être appliqué, si la disposition testamentaire d'où résulte la révocation, était nulle comme faite en violation de l'art. 907 ou de l'art. 909. D'ailleurs, le legs fait au tuteur (art. 907) ou au médecin (art. 909) est annulé, parce que la loi présume qu'il est le résultat de l'influence exercée par le légataire sur l'esprit du testateur, donc aussi la révocation qui en résulte.

2° *Aliénation par le testateur de la chose léguée.*

642. Le testateur, qui aliène la chose léguée, manifeste implicitement la volonté de révoquer le legs. Aussi notre législateur, sans s'arrêter aux distinctions assez subtiles du droit romain et de notre ancien droit, distinctions dont l'application engendrait dans la pratique

de nombreux procès, décide-t-il dans des termes absolus que : « *Toute » aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, » que fera le testateur de tout ou partie de la chose léguée, emportera la » révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation » postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testa- » teur* » (art. 1038).

Toute aliénation, dit la loi; donc l'aliénation à titre gratuit comme celle à titre onéreux. En ce qui concerne les aliénations à titre onéreux, la loi s'explique sur deux cas particuliers qui auraient pu donner lieu à des doutes : — D'abord le cas d'échange. L'aliénation par voie d'échange de la chose léguée entraîne la révocation pure et simple du legs; le légataire n'aura donc pas droit à la chose acquise par le testateur en contre-échange, pas plus qu'en cas de vente il n'aurait droit au prix. Ricard soutenait le contraire dans notre ancien droit; — Ensuite le cas de vente avec faculté de rachat. Ici encore le legs sera révoqué purement et simplement, sans que le légataire puisse réclamer la chose, si le testateur l'a reprise en usant de la faculté qu'il s'était réservée dans le contrat. Pothier était d'un avis opposé.

* Ce que la loi dit de la vente avec faculté de rachat semble devoir être appliqué à toutes les autres aliénations faites sous condition résolutoire, *eadem est ratio,* mais non aux aliénations sous condition suspensive; ces dernières n'entraîneraient pas la révocation du legs, si la condition ne se réalise pas. En effet l'aliénation sous condition suspensive n'existe pas tant que la condition ne s'est pas réalisée, et elle sera censée n'avoir jamais existé, si la condition ne se réalise pas; il semble donc que la révocation doive être conditionnelle comme l'aliénation. Autre est le cas de l'aliénation sous condition résolutoire, qui existe immédiatement, et qui, dans la pensée du testateur, a dû entraîner une révocation immédiate du legs.

643. L'aliénation de la chose entraîne la révocation du legs, alors même qu'elle est nulle; car elle n'en suppose pas moins chez le testateur l'intention de révoquer.

Il en sera ainsi, quelle que soit la cause de la nullité de l'aliénation, *lex non distinguit.* Peu importe donc que ce soit l'incapacité de l'aliénateur, par exemple s'il est mineur ou femme mariée, ou bien l'inaliénabilité de la chose, par exemple s'il s'agit d'un immeuble dotal (cpr. Cass., 25 avril 1887, Sir., 87. 1. 320), ou même un vice de forme : ce qui arriverait si le testateur avait disposé de la chose léguée par une donation entre vifs ne satisfaisant pas aux prescriptions des art. 931 et 932, par exemple par une donation faite en la forme sous seing privé. Ce dernier point est cependant contesté.

Et toutefois faut-il encore, pour qu'une aliénation nulle entraîne la révocation du legs, qu'elle puisse faire supposer chez le testateur l'intention de le révoquer. Si donc l'aliénation était nulle pour avoir été consentie par un testateur interdit, ou même, quoiqu'il y ait des doutes sur ce point, parce qu'elle aurait été consentie sous l'empire de la violence, elle n'entraînerait pas la révocation du legs.

644. Si l'aliénation de la chose léguée n'est que partielle, le legs subsistera pour la partie non aliénée.

La constitution d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou d'un droit de servitude sur la chose léguée, équivalant à une aliénation partielle, n'entraînerait qu'une révocation partielle du legs.

Quant à la constitution d'un droit d'hypothèque sur la chose léguée, elle n'entraînerait aucune révocation, même partielle, du legs; mais le légataire serait exposé aux conséquences de l'action hypothécaire, sauf son recours contre qui de droit.

* **645.** L'art. 1038 parle de l'aliénation de la *chose léguée :* ce qui suppose que le legs a pour objet un corps certain. Sa disposition serait donc inapplicable aux legs de choses déterminées seulement quant à leur espèce, par exemple vingt mesures de froment, un cheval. Elle ne s'appliquerait pas non plus aux legs universels ou à titre universel. Il n'y a pas ici de *chose léguée;* le legs porte sur l'universalité, c'est-à-dire sur le patrimoine du disposant tel qu'il se trouvera lors de son décès. Les aliénations que fera le testateur pourront modifier la composition de ce patrimoine, mais elles n'entraîneront pas la révocation du legs ; elles pourront transformer le droit du légataire, mais elles ne l'anéantiront pas. La cour de cassation a même pu décider, par application de ce principe, qu'un legs universel n'avait pas été révoqué par l'aliénation que le testateur avait faite de tous ses biens à charge de rente viagère ; ce qui permettait au légataire de réclamer tous les biens acquis par le testateur postérieurement à cette aliénation et existant encore à l'époque de son décès.

* **646.** D'après notre article, c'est seulement l'aliénation *faite par le testateur* qui entraîne la révocation du legs.

De là il faut conclure, mais il y a controverse sur ces deux points :

1° Que l'expropriation de la chose léguée, pour cause d'utilité publique, ou l'expropriation forcée de cette chose, subie par le testateur sur la poursuite de ses créanciers, n'entraîneraient pas la révocation du legs. Le testateur joue dans l'un et l'autre cas un rôle purement passif, qui n'implique pas sa volonté de révoquer le legs. Le légataire aura donc droit à la chose, si le testateur en est redevenu propriétaire lors de son décès. Dans le cas contraire, le legs sera caduc (art. 1042), le légataire ne pouvant plus réclamer ni la chose, qui est à autrui, ni le prix, qui ne lui a pas été légué ;

2° Que si le testateur est interdit, l'aliénation de la chose léguée, consentie par son tuteur, n'entraînera pas la révocation du legs ; mais, comme dans le cas précédent, le legs sera caduc, si la chose n'est pas redevenue la propriété du testateur lors de son décès. On voit le danger que court le légataire d'un corps certain, lorsque le testateur est interdit : le tuteur, parent le plus souvent, aura tout intérêt à aliéner la chose léguée pour rendre le legs caduc. Il est peut-être malaisé d'indiquer au légataire un moyen légal pour prévenir ce résultat ; mais il paraîtrait difficile de lui refuser, après la mort du testateur, une action en dommages et intérêts contre le tuteur, s'il parvenait à démontrer que celui-ci n'a fait l'aliénation que dans le but de rendre le legs caduc.

3° *Destruction volontaire du testament par le testateur.*

647. Un testateur détruit son testament olographe, par exemple en le livrant aux flammes, ou bien il le lacère, ou encore il le cancelle. Nul doute que ces faits, s'ils ont été accomplis volontairement, n'entraînent la révocation du testament. V. cependant Cass., 23 janvier 1888, Sir., 88. 1. 78. Au cas où le testateur aurait raturé ou biffé

quelques-unes seulement des dispositions de son testament olographe, ces dispositions seront seules révoquées; et toutefois, si la rature portait sur une des parties essentielles du testament, comme la date ou la signature, le testament serait révoqué pour le tout. Cass., 15 mai 1878, Dall. pér., 79. 1. 39.

S'il s'agit d'un testament par acte public, les altérations que le testateur aurait fait subir à une *expédition* du testament, ou même la destruction qu'il en aurait opérée seraient sans influence sur le sort des dispositions testamentaires; car la minute reste chez le notaire, et la minute c'est le testament. Il en serait autrement, si le testateur avait réussi à se procurer la minute elle-même et l'avait détruite.

Si, le testament étant fait dans la forme mystique, le testateur en a rompu le cachet, il n'y a plus de testament mystique; mais, si le testateur a laissé subsister l'acte que contenait l'enveloppe, il vaudra comme testament olographe, pourvu qu'il soit entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur.

Il va de soi que la destruction, la lacération ou la cancellation d'un testament n'en entraînerait pas la révocation, si elle émanait d'un tiers. Les intéressés seraient alors admis à prouver par tous les moyens possibles, même par témoins, l'existence du testament, sa régularité et son contenu, et pourraient, cette preuve une fois faite, en obtenir l'exécution. Arg. art. 1348.

N° 2. De la révocation judiciaire.

648. La révocation judiciaire est celle qui est prononcée par la justice, après la mort du testateur, sur la demande de ses héritiers ou d'autres intéressés. A la différence de la révocation volontaire, qui procède du fait du testateur, la révocation judiciaire est encourue par le fait du légataire.

Les causes qui peuvent autoriser la justice à prononcer la révocation d'un legs sont déterminées par les art. 1046 et 1047, ainsi conçus :

Art. 1046. *Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en revocation de la donation entre-vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires.*

Art. 1047. *Si cette demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit.*

Il y a donc trois causes de révocation des legs.

1° *Inexécution des charges imposées par le testateur au légataire.* Il faudrait appliquer ici de tous points ce que nous avons dit de cette cause de révocation en matière de donation entre vifs, le législateur s'étant borné à un renvoi pur et simple à l'art. 954.

2° *Indignité du légataire.* Le légataire doit être déclaré indigne, s'il se trouve dans l'un des deux premiers cas prévus par l'art. 955, c'est-à-dire : 1° s'il a attenté à la vie du testateur ; 2° s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves. Le législateur passe à dessein sous silence la troisième cause prévue par l'art. 955, le refus d'ali-

ments; en effet le légataire n'est pas tenu en cette qualité de l'obligation alimentaire envers le testateur, puisqu'il ne reçoit rien du vivant de celui-ci, et par suite il ne saurait être privé de son legs pour avoir refusé des aliments au testateur.

Nous pensons, malgré les doutes qui se sont élevés sur ce point, que l'action en révocation pour cause d'indignité du légataire devrait être intentée dans le délai déterminé par l'art. 957. On admet généralement que les art. 956 et 958, qui règlent les effets de la révocation, devraient recevoir ici leur application; alors pourquoi n'appliquerait-on pas aussi l'art. 957?

* Nous venons de dire que l'art. 958 s'applique à la révocation des legs. Et toutefois, comme les dispositions testamentaires ne sont pas assujetties à la formalité de la transcription, il ne peut pas être question de rendre la demande en révocation d'un legs publique par le moyen qu'indique l'art. 958 (inscription de la demande en marge de la transcription). Il faut en conclure que la demande en révocation serait présumée connue des tiers indépendamment de toute mesure de publicité.

3° *Ingratitude du légataire,* résultant de ce qu'il s'est rendu coupable d'une injure grave envers la mémoire du testateur. C'est un cas d'*ingratitude,* parce que c'est après avoir été gratifié que le légataire se rend coupable envers son bienfaiteur. Au contraire, dans les deux cas qui précèdent, le légataire est *indigne* et non ingrat, parce que les faits qui lui sont reprochés sont antérieurs à sa gratification.

Il a été jugé avec raison que le vol d'objets appartenant à la succession, commis par le légataire, ne doit pas être considéré comme une injure à la mémoire du testateur. Il est plus difficile d'approuver sans réserves quelques décisions judiciaires, qui refusent ce caractère à l'inconduite, même notoire, pendant l'année du deuil, de la veuve du testateur, légataire de celui-ci.

L'appréciation de la gravité de l'injure rentre dans le domaine du juge du fait.

649. On voit que, des trois causes de révocation des donations entre vifs, il y en a une qui est inapplicable aux legs, la survenance d'enfant. Le silence, que le législateur garde dans l'art. 1046, à l'endroit de cette cause de révocation est significatif. Ainsi donc un legs n'est pas révoqué par la survenance d'un enfant au testateur, qui n'en avait pas lors de la confection de son testament. Il y en a une excellente raison : le testament est révocable ; si le testateur, auquel il est survenu un enfant, se repent de la disposition qu'il a faite, quoi de plus facile pour lui que de la révoquer? Il était donc inutile que la loi vînt à son secours. Au contraire elle a dû venir au secours du donateur, qui, n'ayant pas d'enfants lors de la donation, en voit survenir; car, la donation étant irrévocable, le donateur eût été impuissant à détruire son œuvre.

Il y a cependant un cas dans lequel le système de la loi peut conduire à un résultat regrettable. Un testateur sans enfants meurt, laissant sa femme dans un état de grossesse qu'il ignore. La naissance de l'enfant posthume du testateur ne révoquera pas son testament.

C'était le cas pourtant d'agir pour le testateur, qui n'est plus là pour révoquer son testament et qui le révoquerait probablement s'il vivait encore. En négligeant de le faire, le législateur a peut-être manqué de prévoyance; mais il n'appartient pas à l'interprète d'être plus prévoyant que lui et de créer une cause de révocation qu'il a peut-être, après tout, volontairement omise.

§ II. *De la caducité des legs.*

650. Une disposition testamentaire devient *caduque* (de *cadere*, tomber), lorsque, valable d'ailleurs, elle tombe, c'est-à-dire devient inutile, en vertu d'une cause tenant soit à la personne du légataire, soit à la chose léguée. La volonté du testateur ne joue donc aucun rôle dans la caducité.

1. *Causes de caducité tenant à la personne du légataire.*

651. Il y en a trois: 1° le prédécès du légataire ; 2° son incapacité; 3° son refus.

652. 1° *Prédécès du légataire.* Les donations testamentaires sont personnelles, comme l'affection qui les dicte. Il s'ensuit que le droit résultant d'un legs ne peut s'ouvrir que dans la personne du légataire; il faut donc qu'il vive au moment de l'ouverture du droit : son décès avant cette époque rend le legs caduc. Mais, du moment que le légataire a survécu, fût-ce un instant de raison, à l'événement qui donne ouverture à son legs, le droit s'est fixé sur sa tête et devient dès lors transmissible à ses héritiers ou ayant cause (art. 1014).

On voit qu'il est fort important de savoir à quel moment le droit s'ouvre au profit du légataire, à quel moment a lieu ce que les commentateurs du droit romain appellent le *dies cedit.* A cet égard il faut distinguer.

a. Le legs est-il pur et simple? Le droit s'ouvre au profit du légataire au moment du décès du testateur. Il en est de même, si le legs est à terme; car le terme ne suspend pas l'existence du droit, mais seulement son exécution (arg. art. 1185). Il faudra donc et il suffira dans l'un et l'autre cas que le légataire survive au testateur; son prédécès entraînerait la caducité du legs : « *Toute disposition testamen-* » *taire sera caduque* », dit l'art. 1039, « *si celui en faveur de qui elle est* » *faite, n'a pas survécu au testateur* ».

b. S'agit-il d'un legs conditionnel, d'un legs fait sous une condition suspensive? Il faut, pour que le droit puisse s'ouvrir : 1° que le testateur soit décédé; 2° que la condition soit réalisée : car la condition suspend l'*existence* même du droit, et par suite le droit ne peut pas exister, tant que la condition ne s'est pas réalisée (arg. art. 1168). Il faudra donc que le légataire survive à l'un et à l'autre événement

pour recueillir le legs; autrement il sera caduc. C'est ce qui résulte de l'art. 1040 : « *Toute disposition testamentaire faite sous une condition* » *dépendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du* » *testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'évé-* » *nement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué* » *ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition* ». Cpr. *supra* n. 604.

On voit combien il importe de savoir si un legs est *à terme* ou *conditionnel*. Dans le premier cas, en effet, il suffit que le légataire survive au testateur, tandis que, dans le deuxième, il doit survivre en outre à la réalisation de la condition. Or parfois il peut y avoir doute sur le point de savoir si le legs est à terme ou conditionnel. Comment résoudra-t-on la difficulté? Il faudra avant tout rechercher l'intention du testateur, qui est ici le régulateur suprême, et par suite ne pas s'attacher exclusivement à la formule du legs, les expressions employées par le testateur ayant pu trahir sa pensée, surtout s'il est étranger aux connaissances juridiques. Ainsi une disposition, dont la formule semble annoncer un legs conditionnel, devrait être considérée comme un legs à terme, si telle paraît être la volonté du testateur, révélée par l'ensemble des dispositions du testament et les autres circonstances de la cause. C'est cette idée qu'exprime en termes assez obscurs, l'art. 1041, ainsi conçu : « *La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution* » *de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un* » *droit acquis et transmissible à ses héritiers* ». Ainsi un testateur a dit : « Je lègue 20,000 fr. à Pierre, payables *à l'époque de sa majorité*. Voilà bien une formule qui semble indiquer un legs *à terme*, et telle aura été souvent l'intention du testateur : auquel cas le décès du légataire avant sa majorité, en supposant bien entendu qu'il ait survécu au testateur, ne rendra pas le legs caduc. Mais les juges pourraient fort bien, sur le fondement d'inductions tirées du testament ou des circonstances de la cause, décider que le testateur a entendu faire un legs conditionnel, qu'il a voulu dire : « Je lègue à Pierre *s'il parvient à sa majorité* », et alors le legs sera caduc, si le légataire meurt avant d'avoir atteint sa majorité.

D'ailleurs il n'est pas nécessaire que la condition à laquelle le legs est subordonné soit de nature à ne pouvoir se réaliser qu'après le décès du testateur. Il y a même des conditions qui ne peuvent se réaliser que pendant la vie du testateur, par exemple la condition que le légataire entretiendra le testateur jusqu'à son décès. On a contesté à tort la validité d'un legs fait sous une semblable condition. Cass., 22 mars 1882, Sir., 85. 1. 59; Dijon, 2 mai 1883, Sir., 85. 2. 154.

* Un testateur a dit : « Je lègue à Pierre 10,000 fr. *à la mort de Paul* ». C'est un legs à terme incertain, *dies incertus*; car la mort de Paul est un événement certain quant à sa réalisation, mais incertain quant à sa date. Peut-être le testateur a-t-il voulu dire que le legs ne devra s'ouvrir au profit de Pierre qu'à la mort de Paul; en d'autres termes, la disposition, dans l'intention du testateur, était peut-être l'équivalent de celle-ci : « Je lègue à Pierre *s'il survit à Paul* ». Alors le legs sera *conditionnel*. Mais peut-être aussi le testateur a-t-il entendu léguer à Pierre 10,000 fr. *payables à la mort de Paul :* ce qui constituerait un legs à terme. Les magistrats résoudront la question d'après les éléments indiqués tout à l'heure. — Par où l'on voit que la maxime romaine *Dies incertus conditionem in testamento facit* n'a plus chez nous que l'autorité d'une règle de raison.

* **653.** Quand un legs conditionnel s'est ouvert dans la personne du légataire, la condition rétroagit au jour du décès du testateur, si elle s'est accomplie postérieurement à cette époque (arg. art. 1179). De là il résulte que, si le legs porte sur un

corps certain, le légataire, qui a survécu à l'accomplissement de la condition, sera réputé avoir été propriétaire de la chose léguée dès le moment du décès, et par suite il y aurait lieu de maintenir les aliénations et les constitutions de droits réels qu'il aurait faites dans l'intervalle du décès à la réalisation de la condition. Au contraire, les aliénations et les constitutions de droits réels, provenant du chef de l'héritier, seraient à considérer comme non avenues.

Toutefois, le légataire n'aurait pas droit aux fruits que l'héritier a pu toucher dans l'intervalle écoulé depuis le décès jusqu'à la réalisation de la condition. C'est ce que l'on peut induire par argument de l'art. 1014, qui n'accorde les fruits au légataire qu'à compter de sa demande en délivrance ou de la délivrance qui lui aurait été volontairement consentie.

Dans l'intervalle qui s'écoule entre le décès du testateur et la réalisation de la condition, le légataire à un droit conditionnel (avant le décès du testateur il n'avait aucun droit). Il pourra donc accomplir des actes conservatoires, par exemple inscrire l'hypothèque légale que lui accorde l'art. 1017 ou le droit de séparation des patrimoines résultant pour lui de l'art. 2111 (arg. art. 1180).

654. Il y a des legs qui deviennent rarement caducs par le prédécès du légataire; ce sont ceux faits à des personnes morales, telles qu'un hospice, une congrégation religieuse dûment autorisée. La raison en est que ces personnes meurent difficilement. Elles meurent quelquefois cependant, comme il arriverait pour une congrégation religieuse qui se verrait retirer l'autorisation à laquelle elle doit son existence légale; et il est clair que, si cet événement se réalisait avant l'ouverture du legs, le legs deviendrait caduc.

655. 2° *Incapacité du légataire.* Aux termes de l'art. 1043 : « *La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir* ». Il s'agit d'une incapacité survenue depuis la confection du testament, telle que (c'est à peu près le seul exemple que l'on puisse citer) l'incapacité résultant de la condamnation du légataire à une peine afflictive perpétuelle (loi du 31 mai 1854, art. 3) L'incapacité, dont le légataire se trouverait frappé à l'époque de la confection du testament, serait une cause de nullité de la disposition, et non une cause de caducité.

656. 3° *Répudiation du légataire* (art. 1043). Le bénéfice du legs ne peut pas être acquis au légataire malgré lui, *invito beneficium non præstatur*. Il peut d'ailleurs avoir de bons motifs pour le refuser.

Par application de la règle qui interdit les pactes sur succession future, il y aurait lieu de considérer comme nulle, et même comme inexistante, la renonciation que le légataire aurait faite à son legs avant le décès du testateur (arg. art. 791, 1130, 600). Mais, aussitôt cet événement survenu, le légataire peut répudier, alors même que le legs serait conditionnel.

Le même principe conduit à déclarer inexistante la convention par laquelle les héritiers présomptifs d'une personne s'engageraient, pendant la vie de cette personne, à considérer comme non avenue toute disposition testamentaire par laquelle elle avantagerait l'un d'eux au préjudice des autres. Cass., 13 mai 1884, Sir., 84. 1. 337.

2. *Cause de caducité relative à la chose léguée : perte la chose.*

657. « *Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. — Il en sera de même, si elle a péri depuis sa*

» *mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis* » *en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les* » *mains du légataire* » (art. 1042).

Un legs ne peut devenir caduc par la cause qui nous occupe qu'autant qu'il a pour objet une chose certaine et déterminée, exemple: la maison sise cours de Tourny 52 à Bordeaux, mais non s'il porte sur une chose déterminée seulement quant à son *espèce* (*genus limitatum*), comme un cheval *in genere,* dix mesures de froment; car, pour que la chose léguée périt, en pareil cas, il faudrait que le genre auquel elle appartient périt tout entier; or *genus nunquam perit.*

Pour déterminer les effets que produit la perte de la chose léguée, il faut distinguer avec soin le cas où cette chose a péri avant l'ouverture du legs et celui où elle a péri après.

658. a. *La chose léguée a péri avant l'ouverture du legs,* c'est-à dire avant la mort du testateur, si le legs est pur et simple ou a terme, ou même depuis cet événement, mais avant la réalisation de la condition, s'il est conditionnel. La disposition est alors caduque : en effet le droit du légataire ne peut pas naître, puisqu'au moment fixé pour son ouverture l'objet du droit n'existe plus. — Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la chose léguée ait péri totalement. Si elle n'a péri que partiellement, le legs produira son effet quant à la portion qui subsiste. Ainsi, le troupeau légué ayant été ravagé par une épidémie, le légataire aura droit à la portion qui a été épargnée. D'ailleurs, au cas de perte totale, le legs tombe pour le tout; le légataire n'aura donc pas droit aux accessoires de la chose ni aux débris qui en subsistent. Ainsi celui auquel a été légué un cheval harnaché ne pourra pas réclamer le harnais ni le cuir de l'animal mort avant l'ouverture du legs.

La perte totale de la chose léguée entraîne la caducité du legs, quelle que soit la nature de cette chose et alors même qu'elle serait incorporelle. Les choses incorporelles sont même plus exposées à périr, juridiquement parlant, que les choses corporelles. Ainsi le legs d'une créance deviendra caduc, si le testateur en a touché le montant. En recevant le paiement d'une créance, on l'anéantit; car le paiement est une des causes d'extinction des obligations. Et toutefois il en serait autrement, s'il était démontré que le testateur a entendu léguer *le montant de la créance,* plutôt que *la créance elle-même,* de telle sorte que, dans sa pensée, la créance n'a été indiquée que comme mode de recouvrement du legs; en pareil cas, le legs ne deviendrait pas caduc par suite de cette circonstance, que le testateur aurait touché la créance. Cass., 6 janvier 1874, Sir., 74. 1. 212.

La perte de la *substance* de la chose léguée équivaut à sa perte totale, et rend par suite le legs caduc. Il y a destruction de la *substance* d'une chose, lorsqu'elle a subi des transformations si profondes, si radicales, qu'elle est devenue une chose différente, portant un autre nom. Ainsi un testateur a légué du bois de construction; avant sa

mort ce bois a été transformé en un navire. La substance de la chose est périe, et par suite le legs caduc; le légataire n'a pas droit au navire. Les changements de forme accessoires, qui modifient la chose sans la dénaturer, par exemple la transformation d'une terre labourable en une vigne ou réciproquement, n'entraîneraient pas la caducité du legs; malgré ces changements, la chose conserve sa même nature juridique. A plus forte raison en serait-il de même des changements qui laissent subsister la forme de la chose et son nom. C'est ainsi que le legs d'un bateau ne deviendrait pas caduc, par cela seul qu'il aurait été réparé un si grand nombre de fois qu'il ne subsisterait plus une seule planche de sa construction primitive; malgré ces changements, c'est toujours le même bateau.

Quand la chose léguée périt pendant la vie du testateur, il importe peu que ce soit par cas fortuit, ou par le fait du testateur, de l'héritier ou d'un tiers; le résultat est dans tous les cas le même, la caducité du legs. Et le légataire n'aurait pas droit aux dommages et intérêts, qui peuvent être dus ou qui ont pu être payés par l'auteur de la destruction. Ces dommages et intérêts ou l'action pour les obtenir appartiennent à la succession.

Si le legs est conditionnel, la perte de la chose, survenue dans le temps intermédiaire entre le décès du testateur et l'accomplissement de la condition, entraînerait aussi la caducité du legs; seulement, si la condition se réalise, le légataire aura une action en dommages et intérêts contre l'héritier ou le tiers par la faute ou par le fait duquel la chose a péri (arg. art. 1179).

659. b. *La chose léguée a péri après l'ouverture du legs.* Il ne peut être question de caducité dans cette hypothèse. Comment en effet le legs pourrait-il devenir caduc, puisqu'il a produit tout son effet au profit du légataire qui est devenu propriétaire de la chose léguée (art. 1014)? Par définition même, la caducité empêche le legs de produire son effet; par conséquent un legs qui a déjà produit tout son effet ne saurait devenir caduc. L'art. 1042 a donc tort de dire que le legs est caduc si la chose a péri depuis la mort du testateur. Cela n'est exact que dans le cas assez rare où, s'agissant d'un legs conditionnel, la chose a péri dans l'intervalle écoulé entre le décès du testateur et la réalisation de la condition. Ce qui a sans doute fait illusion sur l'esprit du législateur, c'est que la perte de la chose, survenue après l'ouverture du legs, est en principe pour le compte du légataire; et, comme la caducité a aussi pour résultat de priver le légataire de la chose léguée, le législateur a pu être conduit à assimiler la première hypothèse à la seconde. Ce n'est pas une dispute de mots. En effet, le legs étant caduc par hypothèse, comme le dit inexactement notre article, le légataire n'a droit ni aux accessoires de la chose ni à ses debris. Il peut les réclamer au contraire, en vertu de la règle *Quod ex re mea superest meum est,* si l'on décide conformément à la raison et aux principes

que le legs n'est pas caduc. Evidemment, c'est à cette dernière solution qu'il faut s'en tenir. Les termes employés par le législateur ont certainement trahi sa pensée.

Les mots qui terminent l'art 1042 ne sont qu'une application particulière du principe posé par l'art. 1302 al. 2. Voyez l'explication de ce texte.

§ III. *Effets de la nullité, de la révocation et de la caducité des legs.*

660. Le legs nul, révoqué ou caduc est réputé non écrit, *pro non scripto habetur*. En conséquence, la nullité, la révocation ou la caducité profite à celui qui était chargé d'acquitter le legs ou au préjudice duquel aurait eu lieu son exécution.

Ainsi, le défunt laissant un frère comme plus proche héritier et un légataire universel, la nullité, la révocation ou la caducité du legs universel profitera au frère; car c'est à son préjudice que le legs aurait reçu son exécution. — De même, si un testateur a fait un legs universel et un legs à titre particulier, la nullité, la révocation ou la caducité du legs à titre particulier profitera au légataire universel, qui aurait souffert de son exécution; sans qu'il y ait à distinguer si le défunt laisse ou non des héritiers réservataires. — Si l'on suppose qu'il y ait un légataire universel, un légataire à titre universel des immeubles et un légataire particulier d'un immeuble déterminé, la nullité, la révocation ou la caducité de ce dernier legs profitera au légataire à titre universel, qui est chargé de l'acquitter. — Il pourrait même se faire, en vertu de notre principe, que la nullité, la révocation ou la caducité d'un legs profitât à un légataire particulier; ainsi la caducité du legs que le testateur a fait d'un ouvrage de sa bibliothèque, profiterait au légataire de la bibliothèque.

La règle qui vient d'être établie souffre exception dans deux cas.

1° *En cas de substitution vulgaire.* Ainsi le testateur a dit: « Je lègue tel immeuble à Paul, et, au cas où celui-ci ne pourrait ou ne voudrait recueillir le bénéfice du legs, je lègue ce même immeuble à Pierre (art. 898).

Une exception du même genre aurait lieu aussi au cas de substitution fidéicommissaire, la substitution fidéicommissaire contenant implicitement une substitution vulgaire.

2° *Lorsqu'il y a lieu à l'accroissement.* Il faut supposer qu'une même chose a été léguée conjointement à plusieurs, et que, parmi les légataires, les uns viennent recueillir le bénéfice du legs, tandis que les autres font défaut. En vertu du droit d'accroissement, ceux qui viennent prendront la part de ceux qui ne viennent pas : la part des défaillants *accroîtra* à la part de ceux qui ne font pas défaut. Quand il y a lieu au

droit d'accroissement, la nullité, la révocation ou la caducité du legs fait à l'un des colégataires profite aux autres, au lieu de profiter suivant le droit commun au débiteur du legs. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue ma maison à Pierre et à Paul conjointement ». Si Paul fait défaut, par exemple s'il meurt avant le testateur, sa part accroîtra à Pierre qui aura droit à toute la maison. La caducité du legs fait à Paul profite donc ici à Pierre, au lieu de profiter à l'héritier suivant le droit commun.

661. Pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement entre colégataires, il faut que la même chose ait été léguée tout entière à chaque colégataire, que chacun soit appelé, éventuellement au moins, par son titre, à la recueillir en totalité; il faut en d'autres termes qu'il y ait solidarité de vocation entre tous les colégataires. Quand cette solidarité de vocation existe (nous verrons qu'elle ne peut résulter que de la volonté expresse ou présumée du testateur), si tous les colégataires répondent à l'appel, il faut nécessairement opérer entre eux le partage de la chose; car il est impossible de la donner tout entière à chacun, bien que chacun en soit légataire pour le tout : le concours des divers ayant droit amène nécessairement un partage de la chose, *concursu partes fiunt*. Mais, si l'un des colégataires fait défaut, soit parce que son legs est caduc, soit parce qu'il est nul ou révoqué, il y aura un copartageant de moins; et, si tous font défaut moins un, le droit de ce dernier, ne rencontrant plus en face de lui aucun droit rival, pourra s'exercer dans toute sa plénitude, et la totalité de la chose lui appartiendra.

Tel est le droit d'accroissement. Il a pour base, on le voit, la volonté du testateur, en l'absence de laquelle il y aurait lieu à l'application du droit commun, d'après lequel la caducité d'un legs profite au débiteur de ce legs.

Comment connaîtra-t-on cette volonté ? Nulle difficulté si le testateur l'a manifestée en termes exprès, s'il a dit par exemple : « La part des colégataires qui feront défaut accroîtra aux autres », ou s'il a dit (formule que la loi considère comme équivalente) que *le legs leur est fait* CONJOINTEMENT ; ou si, quelles que soient les expressions dont il s'est servi, sa volonté résulte d'une manière certaine des termes du testament.

Mais souvent la volonté du testateur restera douteuse. Alors le législateur l'interprète d'après la formule du legs. Pour comprendre les dispositions du code civil sur ce point, il est indispensable de connaître la source à laquelle on les a puisées.

662. Nos anciens auteurs distinguaient à ce sujet, d'après le droit

romain, si les colégataires étaient conjoints *re et verbis, re tantum* ou *verbis tantum*.

a. Les colégataires étaient dits conjoints *re et verbis,* lorsqu'une même chose leur avait été léguée par une même disposition, comme si le testateur avait dit : « Je lègue ma maison A à Pierre et à Paul ». Les deux légataires sont ici conjoints *re,* parce que c'est la même chose qui leur a été léguée, et *verbis,* parce qu'ils sont compris dans une même disposition. Entre colégataires conjoints *re et verbis* il y avait lieu au droit d'accroissement ; ainsi, dans l'espèce proposée, si Paul fait défaut, sa part accroit à Pierre qui se trouve avoir ainsi la maison tout entière.

b. Les colégataires étaient dits conjoints *re tantum,* lorsque la même chose leur avait été léguée par deux dispositions différentes. Ainsi on lit dans un testament : « Je lègue ma maison A à Paul » ; puis plus bas : « Je lègue ma maison A à Pierre ». Les légataires sont ici conjoints *re,* parce que la même chose leur a été léguée ; mais ils ne sont pas conjoints *verbis,* parce que les legs sont faits par deux dispositions différentes. La conjonction *re tantum* était considérée comme plus énergique encore que la conjonction *re et verbis;* aussi donnait-elle lieu entre les colégataires à un *non-décroissement* plutôt qu'à un accroissement proprement dit.

c. Enfin il y avait entre les colégataires conjonction *verbis tantum,* lorsque le testateur avait assigné à chacun d'eux sa part dans la chose léguée, par exemple s'il avait dit : « Je lègue ma maison A à Pierre et à Paul, *à chacun pour la moitié* ». Ici ce sont des fractions de la même chose qui ont été léguées à chaque légataire, et non la même chose ; aussi dit-on qu'ils sont conjoints *verbis, non etiam re*. La conjonction *verbis tantum,* qui existe, on le voit, dans les mots plutôt que dans les choses, ne donnait pas lieu, en général du moins, au droit d'accroissement.

Ces règles ont été travesties dans les art. 1044 et 1045, ainsi conçus :

Art. 1044. *Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. — Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée.*

Art. 1045. *Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément.*

663. L'art. 1044 al. 2 s'occupe à la fois de la conjonction *re et verbis* et de la conjonction *verbis tantum*, et voici ce qu'il décide : Le

legs sera RÉPUTÉ fait conjointement, et par suite il y aura lieu à accroissement, si les colégataires sont conjoints *re et verbis,* mais non s'ils sont conjoints *verbis tantum.*

Bien que l'art. 1044 paraisse décider en termes absolus que la conjonction *verbis tantum* ne donne pas lieu à l'accroissement entre les colégataires, la jurisprudence admet cependant à cet égard une distinction dont la source se trouve dans les lois romaines. La conjonction *verbis tantum* ne donne pas lieu à l'accroissement, lorsque l'assignation de parts qui la constitue frappe sur la disposition même, lorsqu'elle est *principale et dispositive,* par exemple si le testateur a dit : « Je lègue tel fonds à Pierre et à Paul, *à chacun pour la moitié* ». Ici le testateur n'a légué que la moitié à chaque légataire; il n'y a donc pas entre eux *solidarité de vocation,* et par suite la base de l'accroissement fait défaut. Mais au contraire l'assignation de parts, faite par le testateur, n'empêche pas l'accroissement de se produire, si elle est relative seulement à l'exécution du legs, si elle est *accessoire et réglementaire;* telle serait la disposition ainsi conçue : « Je lègue tel immeuble à Pierre et à Paul; *ils le partageront par moitié* ». Ici, dit-on, la chose a été léguée tout entière à chaque légataire; le testateur indique seulement dans quelles proportions les légataires devront la partager, s'ils viennent tous recueillir le legs.

Que les juges puissent décider qu'il doit y avoir lieu à l'accroissement entre des colégataires conjoints *verbis tantum,* parce que telle est l'intention du testateur, résultant des termes du testament ou des circonstances de la cause, ce n'est guère douteux. L'accroissement a pour base la volonté du testateur, et c'est toujours à cette volonté qu'il faut se conformer, lorsqu'il est possible de la découvrir. Les règles écrites dans les art. 1044 et 1045 ne sont, comme on le verra plus loin, que des présomptions, qui tombent devant une volonté contraire explicitement ou implicitement manifestée par le testateur. Mais que, en l'absence de tout document fourni par le testament ou par les circonstances de la cause, les juges doivent admettre ou rejeter le droit d'accroissement entre colégataires conjoints *verbis tantum,* suivant que l'assignation de parts est *accessoire et réglementaire* ou *principale et dispositive,* c'est ce qu'il paraît bien difficile d'admettre, en présence des termes absolus de l'art. 1044 *in fine,* qui, excluant toute distinction, décide que l'accroissement n'aura pas lieu.

664. Reste le cas de la conjonction *re tantum.* Il est régi par l'art. 1045, duquel il résulte qu'il n'y aura lieu à l'accroissement entre les colégataires qu'autant que la chose léguée *ne sera pas susceptible d'être divisée sans détérioration :* ce qui est une question de fait, à résoudre en cas de contestation par les tribunaux. Ici le législateur s'est écarté de la tradition, et on en cherche vainement le motif. Le droit romain considérait avec raison la conjonction *re tantum* comme plus énergique que la conjonction *re et verbis;* en conséquence le droit d'accroissement, accordé aux colégataires conjoints *re et verbis,* l'était *a fortiori* aux conjoints *re tantum.* Comment se fait-il donc que notre législateur, qui admet l'accroissement entre conjoints *re et verbis,* ne l'admette qu'avec une importante restriction relativement aux conjoints *re tantum?* Comment comprendre surtout qu'entre conjoints *re tantum* il attache une importance décisive, au point de vue de l'accroissement, à cette circonstance, assez insignifiante en soi, on en conviendra, et dont il ne tient aucun compte au cas de conjonction *re*

et verbis, que la chose est ou n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration ?

* Cela est tellement extraordinaire qu'un auteur a essayé de soutenir que l'art. 1045 est relatif, non pas à la conjonction *re tantum,* dont, dit-il, le législateur n'avait pas besoin de s'occuper (car il est évident qu'admettant l'accroissement entre colégataires conjoints *re et verbis* il devait *a fortiori* l'admettre entre conjoints *re tantum*), mais bien à la conjonction *verbis tantum.* — Mais, pour donner cette interprétation à l'art. 1045, Proudhon est obligé de dire que les mots *par le même acte,* employés par ce texte, signifient *par la même disposition,* tandis qu'ils signifient bien évidemment *par le même testament;* et que les mots *même séparément* veulent dire *avec assignation de parts,* tandis qu'ils font allusion très certainement au cas de deux dispositions distinctes et séparées se trouvant dans le même testament, et désignent par suite les conjoints *re tantum.* Aussi cette interprétation, qui aurait en outre pour conséquence de prêter au législateur une répétition, puisqu'il aurait parlé dans deux textes consécutifs de la conjonction *verbis tantum,* et une omission, puisqu'il ne parlerait nulle part de la conjonction *re tantum,* est-elle rejetée par les autres auteurs, qui admettent, quoique cette solution ne satisfasse guère la raison, que l'art. 1045 est bien relatif à la conjonction *re tantum.*

S'il y a une erreur législative, comme beaucoup le pensent, dans l'art. 1045, on peut s'en consoler en songeant que la conjonction *re tantum* paraît à peu près inconnue dans la pratique : c'est du moins ce que l'on peut induire, presque avec certitude, de l'absence de toute décision judiciaire sur ce point.

665. Ainsi, d'après le système admis par notre législateur, le legs, fait à plusieurs de la même chose par le même testament, est *réputé* fait *conjointement,* c'est-à-dire avec vocation solidaire à la chose tout entière au profit de tous les légataires, et donne lieu par suite au droit d'accroissement : 1° quand les colégataires sont conjoints *re et verbis;* 2° quand ils sont conjoints *re tantum,* mais seulement si la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration. Dans tous les autres cas, le legs n'est pas réputé fait conjointement, et par suite il ne donnera pas lieu en principe au droit d'accroissement.

Il est important de remarquer que les art. 1044 et 1045 ne contiennent que des présomptions destinées à interpréter la volonté du testateur quand il ne l'a pas fait connaître. Conformément au droit commun, ces présomptions, ne rentrant pas dans la catégorie de celles dont parle l'art. 1352 al. 2, sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire. Elles tomberaient donc, si le testateur avait manifesté expressément ou tacitement une volonté contraire à celle que la loi lui suppose. Au juge il appartiendra de rechercher cette volonté, principalement en s'inspirant des termes mêmes du testament. L'importance des règles légales qui gouvernent cette matière se trouve ainsi beaucoup diminuée, et il n'y a pas lieu de s'en plaindre.

* **666.** Quand il y a plus de deux colégataires conjoints, la part de celui qui fait défaut accroît également à tous les autres, à moins qu'il n'apparaisse une intention contraire du testateur. Cette intention pourrait s'induire de ce fait que le testateur a établi plusieurs groupes parmi les colégataires, par exemple s'il a dit : « Je lègue mon

domaine de Boischarmant *aux enfants de mon frère et aux enfants de ma sœur* ». Pourquoi le testateur n'a-t-il pas dit plus simplement : *à mes neveux et nièces?* Probablement parce qu'il a voulu que la part du colégataire défaillant profitât, non pas à tous ses colégataires indistinctement, mais seulement à ceux qui font partie du même groupe que lui; que par exemple le prédécès d'un des enfants de la sœur profitât exclusivement aux autres enfants de cette même sœur. Cpr. Cass., 5 décembre 1881, Sir., 82. 1. 173.

667. Il se peut que le legs devenu caduc soit grevé de charges; le colégataire au profit duquel a lieu l'accroissement sera-t-il tenu de ces charges? Ainsi le testateur a dit : « Je lègue ma maison de Bordeaux à Pierre et à Paul, à la charge par Paul de payer une rente de 500 fr. à ma domestique ». Si le legs fait à Paul devient caduc, Pierre, au profit duquel a lieu l'accroissement, sera-t-il tenu de payer la rente? En d'autres termes, l'accroissement a-t-il lieu *cum onere* ou *sine onere?* On enseigne généralement qu'il a lieu *cum onere*. Cette solution, qui paraît la plus conforme à l'intention probable du testateur, était enseignée par Pothier, qui traitait de subtile la distinction que certains auteurs avaient tenté d'introduire à ce sujet, d'après les lois romaines, entre le cas où les colégataires sont conjoints *re et verbis* et celui où ils sont conjoints *re tantum*. On objecte que la charge n'a été imposée qu'au légataire qui fait défaut, non à celui au profit duquel l'accroissement se produit; que par suite ce dernier a le droit de prendre la chose tout entière, en vertu de la solidarité de vocation qui existe à son profit, sans être tenu de supporter une charge qui ne lui a pas été personnellement imposée. Il faut répondre que la charge est imposée *au legs* plutôt qu'au légataire, et doit être acquittée en conséquence par celui qui recueille le legs, quel qu'il soit. L'opinion contraire conduit d'ailleurs à ce résultat, difficile à admettre, que le colégataire, au profit duquel se produit l'accroissement, obtient plus que le montant des deux legs réunis. La jurisprudence est en ce sens.

Ceux qui admettent que l'accroissement a lieu *cum onere* admettent généralement aussi qu'il est volontaire et non forcé, c'est-à-dire que le colégataire qui a accepté peut répudier la part du colégataire défaillant. C'était la solution généralement admise dans notre ancien droit, notamment par Pothier; elle est d'ailleurs plus équitable que l'opinion contraire, en ce sens que les prévisions du légataire acceptant ne courent pas le risque d'être dépassées par suite de l'accroissement résultant de la caducité d'un legs grevé de charges.

668. Deux questions importantes restent à résoudre.

Première question. Les règles écrites dans les art. 1044 et 1045 sont-elles applicables aux legs d'universalité (legs universels et à titre universel)? La question présente un très grand intérêt. En effet, si l'on admet l'affirmative, l'accroissement n'aura jamais lieu (à moins cependant que le défunt n'en ait manifesté la volonté) entre colégataires universels ou à titre universel conjoints *re tantum;* car une universalité est toujours *susceptible d'être divisée sans détérioration,* circonstance qui rend l'accroissement impossible aux termes de l'art. 1045. Ainsi quand le testateur a dit : « J'institue Paul mon légataire universel », puis plus loin : « J'institue Pierre mon légataire universel », si l'art. 1045 est applicable, l'accroissement ne se produira pas au profit de l'un des légataires au cas où l'autre ferait défaut; car l'universalité léguée est susceptible d'être divisée sans détérioration. Il se produira au contraire, si l'art. 1045 est inapplicable, et cela en vertu de l'art. 1003 duquel il résulte que chaque légataire universel a vocation à l'universalité tout entière. — L'apparente généralité des termes des art. 1044 et 1045 semble au premier abord les rendre applicables, même aux legs d'universalité. Mais si l'on remarque, d'une part, que ces articles ont été empruntés à Pothier, qui ne formulait les règles relatives à l'accroissement qu'au sujet des legs *particuliers,* et d'autre part, que les mots *la chose léguée,* qu'emploient

nos textes, semblent indiquer que le législateur ne songeait qu'aux legs particuliers, si l'on considère enfin combien est regrettable la solution à laquelle conduit l'opinion opposée, on inclinera à penser avec la jurisprudence que les art. 1044 et 1045 sont sans application aux legs d'universalité.

Deuxième question. L'accroissement peut-il avoir lieu entre colégataires de l'usufruit d'une même chose, après que chaque légataire a recueilli son legs? Un testateur a légué l'usufruit d'un fonds de terre à Pierre et à Paul conjointement. Si l'un des légataires fait défaut, l'autre aura droit à l'usufruit tout entier, c'est incontestable. Mais supposons que les deux légataires viennent recueillir le bénéfice du legs, ce qui amènera entre eux un partage de jouissance. Quand l'un d'eux mourra, sa part d'usufruit accroîtra-t-elle à l'autre, ou fera-t-elle retour à la nue propriété? Pour soutenir qu'elle doit accroître au colégataire, on a dit : « L'usufruit a été légué tout entier à chaque légataire. Sans doute, s'ils viennent tous les deux, le droit de jouissance de chacun ne pourra s'exercer que sur une partie de la chose, *concursu partes fiunt;* chacun des légataires fait obstacle à ce que l'autre puisse exercer son droit dans toute sa plénitude. Mais ce n'est là qu'un obstacle temporaire, à la différence de ce qui aurait lieu s'il s'agissait d'un legs de propriété. Vienne le droit d'usufruit d'un des légataires à s'éteindre, rien ne s'opposera plus désormais à ce que l'autre jouisse pleinement, et on doit lui reconnaître ce droit, puisque la jouissance lui a été léguée tout entière. L'accroissement aura donc lieu. — Que ce résultat puisse se produire en vertu de la volonté du testateur, manifestée par les termes du testament ou par les circonstances de la cause, c'est incontestable. Mais, en dehors de ce cas, il paraît difficile de l'admettre. En effet la place même qu'occupent les art. 1044 et 1045 prouve que l'accroissement a été envisagé par le législateur comme une conséquence de la caducité des legs (ou encore de leur nullité ou de leur révocation). Il ne peut donc y avoir lieu au droit d'accroissement, quand tous les legs ont produit leur effet. Nous concluons que l'usufruit de chaque légataire fera retour à la nue propriété, aussitôt après son extinction, conformément au droit commun.

CHAPITRE VI

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SŒURS

669. Ce chapitre aurait été mieux intitulé : *Des substitutions permises.* En effet les dispositions, que le législateur autorise ici exceptionnellement, sont celles qu'il prohibe en règle générale sous le nom de *substitutions.* En un mot, notre chapitre consacre une exception au principe de la prohibition des *substitutions.*

Avant d'étudier l'exception, il faut connaître la règle. Elle est déposée dans l'art. 896, dont nous avons à dessein réservé l'explication jusqu'à ce moment, afin de ne pas séparer ce qui doit rester étroitement uni : le principe et les limitations qu'il comporte. Nous traiterons donc dans deux paragraphes distincts : 1° de la prohibition des substitutions; 2° des substitutions permises. Un troisième paragraphe sera consacré à l'étude des modifications qu'a subies la législation du code civil relativement aux substitutions.

§ I. *De la prohibition des substitutions.*

670. Avant d'entrer en matière, donnons quelques définitions; elles sont nécessaires pour éclairer ce sujet si difficile.

a. Le *fidéicommis* est une disposition par laquelle on charge une personne, gratifiée en premier ordre, de rendre la chose donnée ou léguée à une autre personne gratifiée en second ordre. Exemple: Je lègue tel immeuble à Paul, et je le charge de rendre cet immeuble à Pierre au bout de cinq années.

b. Avec le fidéicommis il ne faut pas confondre la *fiducie.* Dans la simple fiducie, comme dans le fidéicommis, on charge une personne (fiduciaire) de restituer à une autre l'objet de la donation ou du legs; mais le fiduciaire n'est pas gratifié, il n'est qu'un simple intermédiaire chargé de rendre. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue mes biens à Paul, avec charge de les administrer, d'en capitaliser les revenus et de remettre le tout à Pierre, lorsque celui-ci aura atteint sa majorité ». Ici Pierre est seul légataire; Paul n'est qu'un intermédiaire, un *nudus minister,* un exécuteur testamentaire investi d'une mission particulière. Dans nos mœurs, la fiducie n'est guère usitée que pour éluder les dispositions de la loi édictant des incapacités ; ainsi on y a fréquemment recours pour gratifier des congrégations religieuses non autorisées. En somme, ce qui distingue la fiducie du fidéicommis, c'est que, dans le fidéicommis, il y a deux gratifiés successifs, tandis que, dans la fiducie, il n'y en a qu'un, celui au profit duquel la restitution doit être faite.

Notons cependant que la doctrine et surtout la jurisprudence ne se conforment pas toujours à cette terminologie. On désigne très souvent la simple fiducie sous le nom de fidéicommis; nous l'avons fait nous-même au n. 398, où nous analysions la jurisprudence.

c. La *substitution* en général (de *sub institutio,* institution en sous-ordre) est une disposition par laquelle une personne est appelée à recueillir une libéralité à défaut d'une autre personne ou après elle. Exemple : « Je lègue tous mes biens à Pierre, et, s'il meurt avant moi, je les lègue à Paul ».

N° 1. Principe.

671. Aux termes de l'art. 896 al. 1 : « *Les substitutions sont prohibées* ». Malgré son apparente généralité, ce texte ne prohibe pas d'une manière absolue toutes les dispositions auxquelles peut s'appliquer la dénomination de *substitution.* C'est ce que nous allons démontrer, et nous établirons en même temps quelle est l'étendue de la prohibition.

Le droit romain distinguait trois espèces de *substitutions,* savoir : la substitution *vulgaire,* la substitution *pupillaire* et la substitution *quasi-pupillaire* ou *exemplaire.*

La substitution *vulgaire* était celle par laquelle le testateur désignait un autre héritier pour le cas où celui qu'il avait institué en première ligne ne pourrait ou ne voudrait être héritier. *Si ille heres non erit, ille heres esto.*

Par la substitution *pupillaire,* le père était autorisé, en faisant son propre testament, à faire du même coup celui de son fils impubère, pour le cas où celui-ci mourrait avant d'avoir atteint l'âge de la puberté, par conséquent sans avoir pu se choisir lui-même un héritier.

La substitution *quasi-pupillaire,* appelée aussi *exemplaire,* parce qu'elle avait été admise *exemplo pupillaris substitutionis,* n'était, comme son nom l'indique, qu'une extension de la substitution pupillaire; elle permettait à un père de choisir un héritier à l'enfant que son état mental mettait dans l'impossibilité de tester. Bref, la substitution quasi-pupillaire, de même que la substitution pupillaire, n'était qu'un testament fait pour le compte d'autrui.

Assurément ce n'est pas à ces deux dernières espèces de substitution que l'art. 896 fait allusion. Un texte de loi n'était pas nécessaire pour les proscrire; il suffisait de ne pas les autoriser; d'autant plus qu'elles avaient été formellement abolies par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse de l'an II. A bien prendre d'ailleurs, la définition que l'art. 895 donne du testament, condamnerait la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ; car elle est exclusive de la faculté de tester pour autrui.

Serait-ce alors la substitution *vulgaire* que l'art. 896 al. 1 entendrait prohiber ? Pas davantage ; car l'article 898 en autorise formellement l'usage en ces termes : « *La disposition par laquelle un tiers serait* » *appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le dona-* » *taire, l'héritier institué ou le légataire, ne le recueillerait pas, ne sera* » *pas regardée comme une substitution, et sera valable* ».

= *Ne sera pas regardée comme une substitution.* Entendez : comme une substitution prohibée.

En autorisant la substitution vulgaire, notre article en donne presque une définition. Voici un exemple de cette disposition : « Je lègue tel immeuble à Paul; et, si celui-ci ne peut ou ne veut le recueillir, je le lègue à Pierre ». Le disposant substitue donc ici un second légataire au premier, pour le cas où le legs fait à celui-ci deviendrait caduc, par exemple par son prédécès ou par son refus de recueillir.

Notre article suppose que la substitution vulgaire peut aussi avoir lieu dans une donation entre vifs; mais la vérité est qu'on ne l'y rencontrera que dans des cas infiniment rares. En effet, si, comme il arrivera presque toujours, la donation est pure et simple et acceptée dans l'acte même, le donataire devient immédiatement propriétaire ou créancier, et par conséquent il ne peut être question de lui substituer quelqu'un pour le cas où il ne le deviendrait pas. La substitution ne peut se com-

prendre dans une donation entre vifs que dans l'une des deux hypothèses suivantes : 1° si, l'acceptation du donataire n'étant pas faite par l'acte même qui contient la donation, le donateur a dit : « Au cas où la donation ne serait pas acceptée par Paul dans tel délai, je donne à Pierre » ; 2° si la donation a été faite sous condition, et que, pour le cas où la condition ne se réaliserait pas, le donateur ait substitué un second donataire au premier ; par exemple s'il a dit : « Je donne à Pierre *s'il se marie dans un délai de cinq ans,* et, dans le cas contraire, à Paul ».

Quelles sont donc alors les dispositions que l'art. 896 al. 1 entend prohiber sous le nom de *substitutions?* Ce sont celles qui étaient connues dans notre ancien droit sous la dénomination de substitutions *fidéicommissaires* ou *indirectes;* on les opposait aux substitutions *vulgaires* ou *directes.* Telle serait la disposition ainsi conçue : « Je donne (ou je lègue) tel immeuble à *Primus,* à la charge par lui de le conserver jusqu'à sa mort et de le rendre à cette époque à *Secundus* si celui-ci lui survit ». L'auteur de la disposition s'appelle le *disposant* ou *substituant, gravans;* le premier gratifié, *Primus* dans notre espèce, s'appelle l'*institué* ou plus ordinairement le *grevé, gravatus,* parce qu'il est grevé de restitution ; le deuxième gratifié, *Secundus,* porte le nom de *substitué* ou *appelé.* Enfin les biens qui font l'objet de la disposition s'appellent *biens substitués,* ou quelquefois *fidéicommissés.*

672. Définition. Cela posé, la substitution que prohibe l'art. 896 al. 1 peut être définie : Une disposition par laquelle un donateur ou un testateur (disposant) charge une personne qu'il gratifie en premier ordre (grevé), de conserver pendant toute sa vie les biens faisant l'objet de la donation ou du legs, et de les rendre, lorsqu'elle mourra, à une autre personne, gratifiée en second ordre (appelé), si celle-ci se trouve vivante et capable à cette époque. C'est le fidéicommis *post mortem* des Romains.

On voit la différence qui existe entre la substitution vulgaire et la substitution fidéicommissaire. Dans la substitution vulgaire, le second gratifié tient *directement* ses droits du disposant qui l'a appelé au défaut du premier gratifié, de sorte qu'il n'y a pas alors d'intermédiaire entre le second gratifié et le disposant. Au contraire, dans la substitution fidéicommissaire, le second gratifié ne reçoit les biens que par l'intermédiaire du grevé, qui les lui transmet après en avoir été propriétaire pendant sa vie. Il les doit sans doute à la libéralité du disposant : c'est de lui qu'il les tient, mais d'une manière *indirecte* ou *oblique,* parce qu'il les reçoit de la main du grevé. Aussi désignait-on souvent dans notre ancien droit la substitution vulgaire sous le nom de substitution *directe,* et la fidéicommissaire sous le nom de substitution *indirecte* ou *oblique.*

Que la prohibition de l'art. 896 s'applique aux substitutions dites *fidéicommissaires,* c'est là un point qui ne saurait offrir le moindre doute. D'abord, dans notre ancien droit, c'était ce genre de dispositions

qu'on désignait sous la dénomination pure et simple de *substitutions*. « Le mot trivial », dit Thévenot, l'oracle de notre ancien droit en cette matière, « est *substitution* simplement; de manière que, quand nous parlons de substitutions, nous entendons les fidéicommissaires ». Ce sont elles très certainement que la loi du 14 novembre 1792 entendait frapper, quand elle disait dans son art. 1 : « Toutes *substitutions* sont interdites et prohibées à l'avenir ». Nous retrouvons cette formule presque littéralement reproduite dans l'art. 896 : « *Les substitutions sont prohibées* ». Mêmes mots, donc aussi même pensée. Cette interprétation d'ailleurs est pleinement confirmée par les travaux préparatoires de la loi. Tout le monde est d'accord; nous n'insistons pas.

Il ne faut pas nous en tenir, au sujet de la substitution fidéicommissaire, à la notion superficielle résultant de la définition que nous venons de donner. Un examen plus approfondi de cette institution est nécessaire pour apprécier les motifs qui l'ont fait prohiber. D'ailleurs, le fruit de cette étude ne sera pas perdu, lorsque nous parlerons des substitutions exceptionnellement permises.

673. Nous avons dit que la disposition contenant substitution fidéicommissaire renferme une double libéralité : la première au profit du grevé, la deuxième au profit de l'appelé, cette dernière subordonnée à la survie de l'appelé au grevé.

La première libéralité, celle qui s'adresse au grevé, s'ouvre au moment même de la disposition, si elle est faite par donation entre vifs, et seulement à la mort du testateur si elle est faite par testament.

La deuxième libéralité, qui est à l'adresse de l'appelé, ne s'ouvre qu'au décès du grevé. Et de là résultent deux conséquences.

1° Il suffit que l'appelé soit conçu au moment du décès du grevé; il n'est pas nécessaire qu'il le soit au moment où s'ouvre le droit du grevé. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue tel immeuble à *Primus*, à la charge de le conserver pendant toute sa vie et de le rendre à son décès à son fils aîné ». *Primus* n'a pas encore d'enfant au moment où s'ouvre son droit, c'est-à-dire au moment du décès du testateur; mais il lui en survient un plus tard. La disposition pourra lui profiter.

2° Il faut que l'appelé survive au grevé; car nul ne peut acquérir un droit, s'il n'est vivant à l'époque de son ouverture. Si donc l'appelé meurt avant le grevé, la substitution ne s'ouvrira pas, et le grevé deviendra propriétaire incommutable, la charge de rendre, dont il était éventuellement tenu, se trouvant définitivement défaillie.

On le voit, la substitution ne s'ouvre que par la survie de l'appelé au grevé. Cet événement, en même temps qu'il donne naissance au droit de l'appelé, opère la résolution de celui du grevé. On dit, pour exprimer cette idée, que le grevé est propriétaire sous la condition résolutoire de la survie de l'appelé; et, comme la condition accomplie

produit un effet rétroactif (art. 1179), il en résulte que, la substitution venant à s'ouvrir, le grevé sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire des biens substitués : ce qui entraînera la résolution des aliénations et autres droits réels par lui consentis, par application de la maxime *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* L'appelé prend donc les biens substitués francs et quittes de toutes charges établies par le grevé ou de son chef, et peut même les revendiquer entre les mains des détenteurs au profit desquels le grevé les aurait aliénés. Le tout, pourvu qu'il ait soin de renoncer à la succession du grevé; car, s'il l'acceptait, il se trouverait tenu, en qualité d'héritier du grevé, des obligations par lui contractées, et par conséquent de la garantie envers les acquéreurs des biens substitués; il ne pourrait donc les évincer en vertu de la règle *Qui doit garantir ne peut évincer.*

On voit que l'appelé peut recueillir les biens substitués sans accepter la succession du grevé. Or cela peut paraître étonnant; le grevé était propriétaire des biens substitués; comment l'appelé peut-il en devenir propriétaire à sa mort, sans être son héritier? Il faut répondre que l'appelé tient ses droits du disposant, et non du grevé, *non habet a gravato, sed a gravante.* Sans doute il reçoit les biens substitués par l'intermédiaire du grevé qui les lui transmet, mais c'est à la libéralité du disposant qu'il les doit; il est l'ayant-cause du disposant, non du grevé; c'est comme donataire du disposant qu'il reçoit les biens, non comme héritier du grevé.

* **674.** Nous venons de parler le langage traditionnel, d'après lequel le grevé est propriétaire sous condition résolutoire. Mais, pour être empruntée à Pothier, cette manière de s'exprimer n'en manque pas moins d'exactitude, ainsi que M. Laurent le remarque fort justement à notre avis. En effet, si le grevé était propriétaire sous condition résolutoire, il devrait être considéré, la condition une fois accomplie (survie de l'appelé) et à raison de l'effet rétroactif qui est attaché à cet accomplissement (art. 1179), comme n'ayant jamais été propriétaire des biens substitués; la disposition faite à son profit s'évanouirait donc pour ne laisser subsister que celle faite en faveur de l'appelé, qui serait considéré comme ayant toujours été seul donataire de ces biens; bref, il ne resterait plus qu'une seule donation, celle faite au profit de l'appelé. On supprimerait ainsi l'une des conditions qui ont toujours été reconnues nécessaires pour qu'il y eût substitution, l'existence d'une double libéralité, et par conséquent le trait de temps, *tractus temporis,* qui doit exister entre elles. Comme le dit fort bien Demante, « la propriété a fait sur la tête du grevé une impression ineffaçable »; or on l'efface, si l'on fait intervenir la condition résolutoire et son effet rétroactif.

Mais alors, si le grevé n'est pas propriétaire sous condition résolutoire, qu'est-il donc? Il est propriétaire avec charge de rendre, et par suite de *conserver :* ce qui a pour résultat de frapper entre ses mains les biens d'indisponibilité ou mieux d'inaliénabilité, dans l'intérêt des appelés. Les aliénations ou les constitutions de droits réels qu'il aura pu consentir seront donc *nulles* (et non pas résolues), si la substitution vient à s'ouvrir. On voit qu'il n'est pas nécessaire de faire intervenir l'idée de la condition résolutoire pour expliquer cet effet de la substitution.

Si l'on écarte l'idée de la condition résolutoire, il en résulte nécessairement que la propriété des biens substitués est transmise à l'appelé par le grevé, et non par le disposant (1). Reste à savoir à quel titre. Nous n'en voyons pas d'autre que la *succession*. Le grevé laisse deux successions bien distinctes et indépendantes l'une de l'autre : sa succession ordinaire, dévolue à l'héritier de son choix ou à défaut à l'héritier désigné par la loi, et la succession aux biens substitués, dévolue à un héritier choisi par le disposant, l'appelé. L'art. 1051 fournit selon nous à cette manière de voir un point d'appui très résistant, au moins en ce qui concerne les substitutions permises dans notre droit actuel. En appelant les petits-enfants du grevé issus d'un fils prédécédé à recueillir, par *représentation* de leur père, la part qui serait revenue à celui-ci dans les biens substitués, ce texte nous donne clairement à entendre que les appelés recueillent les biens substitués *à titre de succession;* car c'est seulement en matière de succession que la représentation est admise.

675. Telle est la substitution fidéicommissaire. Il nous faut rechercher maintenant pourquoi notre ancien droit l'autorisait, la favorisait même, tandis que le code civil la proscrit. La société ancienne était une société aristocratique, la nouvelle est démocratique; or les substitutions (2), qui sont un des ressorts les plus puissants d'une société aristocratique, se trouvent par cela même en opposition avec les principes qui gouvernent une société démocratique. Sous l'ancien régime, les substitutions avaient pour but de perpétuer la prépondérance des grandes maisons; l'auréole de la fortune paraissait nécessaire pour soutenir, comme on le disait alors, la *splendeur d'un grand nom.* Or le principe de la division des biens entre tous les enfants d'un même père, principe éminemment démocratique, aurait émietté au bout d'un certain nombre de générations les plus gros patrimoines, surtout dans ces familles dont les membres étaient incapables de constituer une fortune par un effort propre, puisqu'ils se faisaient un point d'honneur de vivre sans travailler; plusieurs même se piquaient, *en leur qualité de nobles,* de ne savoir signer. Avec le principe de la division des biens, c'en était fait de la splendeur du nom; il fallait cependant la conserver à tout prix. Le moyen était simple; il consistait à concentrer, de génération en génération, la totalité ou la presque totalité des biens de la famille sur la tête de l'aîné des enfants mâles, le représentant du nom, au risque d'obliger les filles, qui faute de dot ne trouvaient pas de maris, à s'enterrer dans un cloître, et les puînés des enfants mâles à vivre d'emplois que l'Etat créait exprès pour eux, et, à défaut, d'expédients. On obtenait ce résultat impie à l'aide des substitutions fidéicommissaires. L'héritier d'un grand nom et d'une grande fortune léguait tous ses biens ou presque

(1) A moins qu'on ne dise avec M. Demolombe que le disposant a transmis la propriété, au grevé d'abord pour le temps de sa vie, puis à l'appelé à dater de sa mort. Dans ce système, le grevé serait propriétaire *ad tempus* : ce qu'il nous paraît difficile d'admettre.

(2) Desormais nous emploierons souvent le mot *substitution,* sans épithète, pour désigner les substitutions que prohibe l'art. 896, c'est-à-dire les substitutions fidéicommissaires ou indirectes.

tous à l'aîné de ses enfants mâles, à la charge de les conserver pendant toute sa vie et de les rendre à sa mort à son fils aîné, petit-fils du disposant; c'était la substitution *simple*. Il y avait aussi la substitution *graduelle*, dans laquelle le premier appelé était lui-même grevé de restitution au profit de son fils aîné, arrière-petit-fils du disposant, celui-ci au profit de son fils aîné, et ainsi de suite. En un mot, dans la substitution graduelle, le disposant établissait plusieurs grevés et plusieurs appelés successifs; on comptait autant de degrés qu'il y avait de restitutions à faire. « Il n'était pas rare alors, dit Rossi, de voir un chétif mortel, déjà affaissé sur son lit de mort, dicter gravement un testament, où il disposait de ses biens pour tous les siècles à venir, où il faisait la loi à toutes les générations qui devaient se succéder sur la face du globe, et s'épuisait en hypothèses et en combinaisons pour que la chaîne de ses prévisions ne fût jamais interrompue, pour que jusqu'à la fin des temps son patrimoine et son nom ne pussent sortir de la route que sa main débile leur avait tracée ». Ainsi qu'on le voit par le passage qui vient d'être cité, le nombre des degrés de la substitution paraît n'avoir pas eu à l'origine d'autres limites que la fantaisie des disposants. Au seizième siècle, deux ordonnances, qui ne réussirent, paraît-il, que très imparfaitement à se faire obéir, essayèrent de restreindre cette omnipotence des disposants. L'ordonnance d'Orléans, du 31 janvier 1560, défendit de faire à l'avenir des substitutions pour plus de deux degrés, non compris l'institution; et l'ordonnance de Moulins (février 1566) limita à quatre degrés l'effet des substitutions déjà existantes. Ce n'étaient là que des demi-mesures. La révolution passa son niveau égalitaire sur cette institution comme sur tant d'autres, en abolissant complètement les substitutions (loi du 14 septembre 1791). Toutefois il est remarquable que cette loi n'annule que la *substitution*, c'est-à-dire la charge de rendre, mais non l'*institution*, c'est-à-dire la disposition faite avec cette charge. Le code civil est allé plus loin, ainsi que nous l'expliquerons bientôt avec détails; il annule tout, l'institution et la substitution.

676. Fondement de la prohibition des substitutions. — Quand il n'y aurait eu d'autres motifs pour prohiber les substitutions que l'usage auquel on les faisait généralement servir, et qui consistait à établir la plus révoltante inégalité entre ceux que la nature a créés égaux, les enfants d'un même père, cela eût été suffisant. Mais il y avait bien d'autres griefs à formuler contre les substitutions. Voici les principaux :

1° Les biens substitués, au moins les immeubles, étaient en fait retirés du commerce, au grand préjudice de l'intérêt général qui exige la libre circulation des biens. Ce n'est pas que les grevés se fissent un

devoir de conscience de ne pas aliéner des biens qu'ils étaient chargés de rendre et par suite de conserver (nous verrons tout à l'heure qu'ils étaient loin d'être aussi scrupuleux) ; mais, pour aliéner, il faut trouver un acquéreur ; or ils n'en trouvaient pas, parce qu'ils ne pouvaient consentir que des droits résolubles, et celui qui achète un bien entend en devenir propriétaire incommutable ;

2° Immobilisés souvent dans des mains inhabiles, les biens substitués étaient mal administrés, partant ils produisaient peu. D'autre part, les grevés, qui, bien que propriétaires, étaient privés en fait des ressources que peut donner l'aliénation ou l'emprunt sur hypothèque, se vengeaient souvent par une jouissance abusive ; loin d'améliorer les biens, ils les épuisaient et les dévastaient ;

3° Les substitutions favorisaient de nombreuses fraudes, principalement à l'encontre des créanciers. Possesseur d'immenses héritages, le grevé de restitution obtenait le plus souvent un crédit en rapport avec sa fortune apparente ; puis, à sa mort, l'appelé ne se faisait pas faute de répudier sa succession, et il recueillait ainsi les biens substitués sans payer les dettes du grevé. Que de déceptions ainsi causées par les substitutions, « dont l'événement, dit Guy-Coquille, faisait si souvent l'hérédité coquine de celui que l'on pensait être bien riche » ! Les créanciers étaient indignement sacrifiés. Mais qu'importe ? ne devaient-ils pas s'estimer heureux d'avoir contribué par leur argent à soutenir la SPLENDEUR DU NOM ?

Il y aurait beaucoup à dire encore, si l'on voulait dresser contre les substitutions un acte d'accusation complet ; mais en voilà plus qu'il ne faut pour justifier leur prohibition. Elles tenaient une très large place dans notre ancien droit, liées qu'elles étaient aux institutions politiques d'alors. C'est un édifice colossal qui s'écroule !

La disposition de l'art. 896 al. 1 est donc basée sur des considérations d'ordre public au premier chef : il s'agit d'empêcher que de nombreux biens soient retirés du commerce, que la sainte loi d'égalité entre les enfants d'un même père soit violée, que chaque génération, comme l'a dit l'orateur du gouvernement, soit marquée par une honteuse faillite. De là il résulte notamment que les dispositions entachées de substitution prohibée ne sont pas seulement nulles, mais encore *inexistantes*, ou, pour parler le langage de la jurisprudence, nulles de nullité absolue ; ce qui les rend non susceptibles d'être validées par une confirmation ou ratification soit expresse, soit tacite.

N° 2. Traits caractéristiques de la substitution prohibée.

677. C'est souvent un point fort délicat que celui de savoir si une disposition est ou non entachée de substitution prohibée. La question présente une extrême importance ; car il y va de la validité de la dis-

position. Difficile en elle-même, elle se complique des mille ruses qu'emploient les disposants pour parvenir à éluder une prohibition qui les gêne; souvent il faut lire entre les lignes pour apprécier le véritable caractère d'une disposition, et, en allant au fond des choses, il n'est pas rare de voir apparaître avec évidence la substitution prohibée, sous une enveloppe inoffensive en apparence. Nous allons essayer d'établir ici les règles qui peuvent servir à résoudre ce difficile problème; en d'autres termes, nous allons indiquer les différents signes qui permettent de reconnaître la substitution prohibée.

La substitution prohibée, nous l'avons dit, consiste dans une double libéralité avec ordre successif et avec charge de conserver et de rendre. Les conditions constitutives de la substitution prohibée peuvent donc se réduire à trois : charge de conserver; charge de rendre; établissement d'un ordre successif.

1. Charge de conserver.

678. Cette charge a pour résultat de mettre les biens auxquels elle s'applique hors du commerce, de les frapper d'indisponibilité ou mieux d'inaliénabilité, en ce sens que les aliénations et les constitutions de droits réels, consenties par le grevé, ne seront pas opposables à l'appelé; elles seront nulles par rapport à lui, ou, pour parler le langage généralement adopté par les auteurs, les droits consentis par le grevé seront résolus par l'ouverture de la substitution. De tous les inconvénients que présentent les substitutions fidéicommissaires, celui-là est le plus grave; c'est lui qui a engendré la prohibition de l'art 896. Aussi faut-il décider hardiment, avec la jurisprudence, que toute disposition, qui n'implique pas la charge de conserver, n'est pas une substitution. Et il faut même que la charge de conserver s'applique à un objet certain et déterminé, car autrement aucun bien ne serait retiré du commerce. Ainsi il n'y aurait pas substitution prohibée, si le disposant, ayant donné un bien déterminé, tel immeuble par exemple, avait imposé au donataire l'obligation de rendre une somme d'argent : cette obligation n'implique pas celle de conserver le bien donné; le grevé pourra l'aliéner.

On peut même fort bien soutenir qu'il n'y aurait pas lieu d'annuler, comme contenant une substitution prohibée, la donation d'objets *mobiliers corporels* faite avec charge de les conserver et de les rendre; car les biens donnés ne seront pas inaliénables entre les mains du donataire, puisque la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* lui permettra d'en disposer valablement au profit de tiers de bonne foi. Il y a bien charge de conserver, mais charge destituée de sanction : ce qui revient à dire que la charge n'existe pas.

De même, il n'y aurait pas lieu de considérer comme constituant une substitution prohibée la disposition faite à la charge par le donataire de rendre à sa mort à une personne déterminée *ce qui restera des biens donnés*. C'est le fidéicommis *de residuo* ou *de eo quod supererit*. La loi 54, D., *Ad S.-C. Trebell.* (36. 1) nous en

donne un exemple : *Quidquid in hereditate mea superfuerit, rogo restituas.* Une semblable disposition ne frappe pas les biens qui en sont l'objet d'indisponibilité ; en effet le donateur a toute latitude pour les aliéner soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit par acte entre vifs ; seule, la disposition par testament lui est interdite. Nous croyons même que la disposition ne cesserait pas d'être valable, si le disposant avait interdit au donataire le droit de disposer à titre gratuit par acte entre vifs : le bien ne serait pas pour cela retiré du commerce, puisqu'il pourrait être aliéné à titre onéreux. Après quelques variations, on est aujourd'hui à peu près d'accord en doctrine et en jurisprudence sur ces divers points.

* Le fidéicommis *de eo quod supererit* est très usité en Belgique entre époux qui n'ont pas d'enfants, et il est étonnant que son usage ne se généralise pas chez nous dans cette même hypothèse. En pareil cas, un legs universel, fait par chaque conjoint au profit de l'autre, paraît dépasser la juste mesure ; car la famille du prémourant des époux sera ainsi dépouillée. D'un autre côté, un legs réciproque d'usufruit, portât-il sur tous les biens, n'est peut-être pas suffisant ; il expose le survivant à bien des tracasseries et à bien des vexations de la part des nus propriétaires, et ne lui permet pas de se procurer un capital en cas de besoin. Le fidéicommis *de eo quod supererit* semble répondre aux exigences de la situation, en conciliant dans la mesure du possible les divers intérêts qui se trouvent ici en présence.

2. *Charge de rendre.*

679. Il résulte de l'art. 896 que la charge de rendre doit être établie au profit d'une personne déterminée par le disposant, au profit d'*un tiers,* dit la loi. Il n'y aurait donc pas substitution prohibée, si la charge de rendre avait été établie en faveur d'une personne tout à fait indéterminée, par exemple de celui que le donataire ou le légataire jugera le plus digne, ou si le disposant a dit : « à la charge d'employer les biens en bonnes œuvres ». La charge de rendre, telle que la loi la comprend, doit créer un droit en faveur de quelqu'un dans l'intérêt de qui elle est établie ; il faut un lien de droit qui constitue l'institué débiteur et le substitué créancier. Or, dans les espèces qui viennent d'être citées, qui donc aura action contre l'institué pour obtenir de lui la restitution dont il a été chargé ?

Il nous paraît même très douteux qu'on doive, avec la cour de cassation, considérer comme entachée de substitution prohibée la disposition faite à la charge par l'institué de rendre *à une personne de la famille du disposant,* celle qu'il lui plaira de choisir. Les familles sont nombreuses ; qui donc en pareil cas aura action contre l'institué, en supposant qu'il ne remplisse pas la charge ?

Quant à la défense d'aliéner, elle peut bien équivaloir à une charge de conserver ; mais elle n'implique pas la charge de rendre à une personne déterminée par le disposant. On ne pourrait donc y voir tout au plus qu'une condition illicite, nulle aux termes de l'art. 900.

680. Observation commune aux deux premières conditions. — L'art. 896 prohibe les dispositions faites avec *charge* de conserver et de rendre. Le mot *charge* est ici synonyme d'*obligation juridique.* Si donc le disposant a adressé à l'institué une simple prière de conserver et de rendre à une personne déterminée, de telle sorte qu'il n'y ait pas pour l'institué d'obligation juridique de conserver et de rendre, pas d'action par conséquent de la part du substitué pour obtenir la restitu-

tion, la disposition ne constituera pas une substitution prohibée. Riom, 30 mai 1881, Sir. 82. 2. 56. On voit qu'il importe beaucoup de savoir si la disposition contient une *charge* ou une simple *prière* de conserver et de rendre. Pour résoudre la question, le juge devra rechercher avant tout quelle a été l'intention du disposant. Les termes de la disposition fourniront à cet égard le principal mais non l'unique élément d'appréciation. Une clause conçue en termes précatifs pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme imposant dans la pensée du testateur une véritable charge, c'est-à-dire une obligation juridique de conserver et de rendre.

3. *Etablissement d'un ordre successif.*

681. La substitution fidéicommissaire, prohibée par l'art. 896, suppose deux dispositions à titre gratuit des mêmes biens, faites par la même personne avec *ordre successif,* c'est-à-dire pour produire leur effet l'une après l'autre : la première au profit du grevé et pendant toute la durée de sa vie, la deuxième au profit de l'appelé, pour après la mort du grevé et s'il lui a survécu. En un mot, le disposant règle le sort des biens substitués, dans sa propre succession d'abord (au moins quand la disposition est faite par testament), puis dans la succession du grevé, en ce sens qu'il désigne l'héritier du grevé quant à ces biens. La succession du grevé présente donc ce singulier spectacle qu'une partie des biens dont elle se compose est déférée, suivant les règles du droit commun, aux héritiers désignés par la loi ou à ceux qu'il s'est lui-même choisis par son testament, et l'autre, celle qui comprend les biens substitués, d'après un ordre particulier réglé par le disposant. Eh bien, c'est cet ordre successif, *ordo successivus,* parallèle à celui de la loi, contraire à celui de la loi, qui a toujours formé et qui forme encore le trait le plus caractéristique de la substitution fidéicommissaire prohibée par l'art. 896. Notre loi ne veut pas, et en cela elle a bien raison, que le disposant puisse ainsi régler l'avenir pour des générations entières.

En résumé, l'*ordo successivus* existe, lorsque la propriété des biens faisant l'objet de la disposition repose successivement sur deux têtes: l'institué est propriétaire jusqu'à sa mort; à ce moment les biens passent au substitué, qui en devient propriétaire à son tour s'il a survécu au grevé. L'un et l'autre tiennent d'ailleurs leur droit du disposant, mais avec cette différence que le premier le tient directement, et le deuxième indirectement, obliquement.

Mais, en exigeant cette troisième condition de l'ordre successif, qui se résume en définitive à dire que, pour qu'il y ait substitution prohibée, il ne suffit pas qu'il y ait charge de conserver et de rendre, mais qu'il faut que la charge de rendre soit reportée *au décès du grevé,* n'exigeons-nous pas plus que l'art. 896, qui parle purement et simplement de la charge de conserver et de rendre, sans ajouter, comme nous le faisons, *à son décès?* Non; car l'art. 896 doit être

interprété d'après la tradition; or, dans les dispositions que notre ancien droit autorisait sous le nom de substitutions fidéicommissaires ou *substitutions* tout court, la charge de restitution était reportée au décès du grevé. « Nos substitutions ne se font communément que pour avoir lieu au décès du grevé », dit Thévenot; et il a été dit et répété dans les discussions auxquelles la loi a donné lieu que ce sont là précisément les dispositions que l'on a entendu prohiber.

682. La condition de l'*ordo successivus* ne se rencontre pas dans le fidéicommis à terme, ni même dans le fidéicommis sous condition, et par conséquent ces dispositions ne sont pas nulles comme entachées de substitution prohibée.

Ainsi un testateur a dit: « Je lègue tel immeuble à *Primus,* à la charge de le rendre à *Secundus* au bout de cinq ans ». C'est un fidéicommis à terme. Notre loi autorise ce fidéicommis. Il ne présente d'ailleurs aucun des inconvénients qu'on a voulu éviter en prohibant les substitutions : notamment il ne fait naître aucune incertitude dans la propriété. Quoi qu'il arrive, *Primus* ne deviendra jamais propriétaire irrévocable ; en supposant que *Secundus* meure avant l'époque fixée pour la restitution, elle devra être faite à ses héritiers.

Voici un exemple de fidéicommis conditionnel, emprunté aux monuments fournis par la jurisprudence. Un testateur, Corse d'origine, avait dit: « Je lègue tous mes biens à X ; et, s'il vient à être condamné pour quelque délit, je lui substitue Z ». Cette disposition a été déclarée valable. Elle contenait bien une charge, implicite au moins, de conserver et de rendre; mais l'époque de la restitution n'était pas fixée au décès du premier gratifié ; la condition de l'*ordo successivus* manquait donc. La validité du fidéicommis ou legs conditionnel (le fidéicommis n'est qu'un cas particulier du legs) ne peut guère être mise en doute : l'art. 1040 l'autorise positivement. Sans doute, des dispositions de ce genre peuvent offrir d'assez graves inconvénients, notamment celui de laisser la propriété incertaine pendant un temps plus ou moins long. Mais c'eût été se jeter dans une exagération manifeste que de les prohiber.

Disons cependant que le legs conditionnel, autorisé par l'art. 1040, et la substitution fidéicommissaire, prohibée par l'art. 896, se touchent souvent de très près, et qu'il peut être quelquefois fort difficile de les distinguer. Nous ne pouvons entrer dans les détails. Indiquons seulement un *criterium* qui peut servir à résoudre la plupart des difficultés. Dans le fidéicommis conditionnel, il n'y a pas deux libéralités faites avec ordre successif, mais une seule libéralité. De deux choses l'une : ou la condition à laquelle est subordonné le droit du substitué se réalisera, et alors il sera censé avoir été seul légataire, la condition accomplie produisant un effet rétroactif au jour du décès du testateur (arg. art. 1179); ou bien la condition ne se réalisera pas, et alors c'est l'institué qui sera considéré comme seul donataire. Tandis que, dans la substitution prohibée, il y a deux libéralités destinées à produire leur effet l'une après l'autre. La propriété fait sur la tête du grevé une impression

ineffaçable, alors même que, la substitution s'étant ouverte, il rend les biens au substitué.

I. *Applications.*

683. Tels sont les caractères de la substitution prohibée : double libéralité des mêmes biens, faite avec ordre successif au profit de deux personnes différentes et avec charge de conserver et de rendre. Toute disposition qui réunit ces caractères, tombe sous le coup de la prohibition formulée par l'art. 896, alors même qu'ils seraient plus ou moins habilement dissimulés dans les replis de l'acte qui contient la libéralité. Autrement il serait vraiment trop facile aux disposants d'éluder la loi. Aix, 27 juin 1881, Sir., 84. 2. 173.

Nous allons passer en revue un certain nombre d'espèces plus ou moins délicates.

I. Un testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à Paul pour l'époque de la mort de mon héritier ». C'est comme s'il avait dit : Je charge mon héritier, dont je confirme la vocation légale en lui laissant tous mes biens, de les conserver et de les rendre à sa mort à Paul ». Nous avons donc ici tous les éléments de la substitution prohibée. — On pourrait objecter cependant que la charge de conserver et de rendre est imposée dans ce cas à l'héritier légitime du testateur, et non pas, comme le suppose l'art. 896, dont la disposition ne comporte pas l'interprétation extensive, « au donataire, à l'héritier institué ou au légataire ». La réponse se trouve contenue dans la formule par laquelle nous avons traduit la disposition dont il s'agit : elle contient une institution implicite au profit de l'héritier, dont le disposant confirme la vocation légale. Aussi, dans notre ancien droit, n'hésitait-on pas à voir là une substitution. Enfin il est évident qu'une semblable disposition présente tous les inconvénients de celle qui serait faite au profit d'un héritier institué. Cpr. Aix, 27 juin 1881, Sir., 84. 2. 173.

* Mais il ne faudrait pas, argumentant de l'art. 896 al. 2, aux termes duquel la disposition entachée de substitution est nulle, « même à l'égard du donataire, de » l'héritier institué ou du légataire », décider que la nullité de la disposition dont s'agit aura pour effet de détruire la vocation légale de l'héritier; elle aboutira au contraire à l'affranchir de la charge. La disposition tout entière tombe, par conséquent aussi, si l'on veut, l'institution implicite qu'elle contenait au profit de l'héritier légitime; mais il lui reste sa vocation légale, en vertu de laquelle il viendra recueillir les biens.

II. On lit dans un testament : « Je lègue ma maison à *Primus;* et, s'il ne se marie pas, je le charge de rendre cette même maison à *Secundus* ». Ce n'est qu'au décès de *Primus* qu'on pourra savoir s'il ne s'est pas marié; la charge de rendre qui lui est imposée est donc reportée à l'époque de son décès; et, comme d'ailleurs elle implique bien évidemment une charge de conserver, il en résulte que nous trouvons ici tous les éléments de la substitution prohibée. Il est vrai que la charge de rendre est conditionnelle; mais cela ne fait qu'augmenter encore l'incertitude de la propriété, et il n'est pas douteux que cette circonstance ne saurait sauver la disposition de la nullité. En ce sens, Cass., 15 mai 1877, Sir., 77. 1. 264.

III. Il en serait de même de la disposition suivante : « Je lègue tous mes biens à *Primus;* s'il meurt après moi sans postérité, lesdits biens reviendront à *Secundus.* Cass., 28 décembre 1881, Sir., 82. 1. 155, et 16 août 1881, Sir., 84. 1. 62.

IV. Un testateur a dit : « Je lègue ma maison à N., et, au décès de celui-ci à ses héritiers par ordre de primogéniture. Dans le cas où il mourrait avant moi, j'institue

le conseil municipal de la commune d'Anneville exécuteur testamentaire... » A notre avis il y a substitution prohibée, car le légataire est chargé de conserver les biens toute sa vie et de les rendre à son décès à l'aîné de ses héritiers, et peut-être celui-ci à l'aîné de ses héritiers et ainsi de suite indéfiniment. Nous ne comprenons guère la décision contraire contenue dans un arrêt de la cour de cassation du 5 janvier 1887 (Sir., 87. 1. 481).

V. Le droit d'accroissement peut quelquefois servir à masquer une substitution prohibée. C'est ce qui arrive dans la disposition suivante : « Je donne mon domaine de N... à mes deux frères, et la portion de celui qui mourra le premier sans enfants accroîtra au survivant ». Il y a évidemment ici pour chaque frère obligation de conserver jusqu'à son décès le bien donné, et de le restituer à cette époque, s'il n'a pas d'enfants, à son frère survivant. Tout ce qu'il y a de particulier à cette hypothèse, c'est que la substitution est bilatérale; mais on ne voit pas comment cette circonstance pourrait l'*innocenter,* ainsi que le dit M. Coin-Delisle. V. cependant Cass., 25 février 1885, Sir., 85. 1. 216.

VI. Quelquefois les disposants se servent du droit de retour pour dissimuler une substitution prohibée, par exemple dans la disposition ainsi conçue : « Je donne ma maison à *Primus,* et, s'il meurt sans enfants, elle fera retour à *Secundus* ». Traduisez : « Je donne ma maison à *Primus,* je le charge de la conserver jusqu'à sa mort, et, s'il ne laisse pas d'enfants, de la rendre à cette époque à *Secundus* ». Aussi l'art. 951 al. 2 dit-il que le retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul; quand il est stipulé au profit d'un tiers, il constitue une substitution prohibée.

Il en serait de même dans l'hypothèse où le donateur aurait, pour le cas de décès du donataire sans enfants, stipulé le droit de retour au profit de ses héritiers sans le stipuler pour lui-même. L'art. 951 est formel : le donateur ne peut stipuler le retour qu'à son profit exclusivement.

Mais que décider, si le donateur, toujours pour le cas de décès du donataire sans enfants, a stipulé le droit de retour pour lui et pour ses héritiers? La question est controversée. La jurisprudence et la majorité des auteurs ne voient dans cette stipulation qu'une extension illicite du droit de retour. On dit en ce sens : outre ce qui lui était permis, c'est-à-dire stipuler le retour pour lui-même, le donateur a fait ce qui lui était défendu, en le stipulant aussi pour ses héritiers. Cette deuxième partie de la stipulation est illicite, et nulle par conséquent; mais elle ne viciera pas la première qui est valable. *Utile per inutile non viciatur.*

684. Voici maintenant toute une série de dispositions ou conventions qui ne sont pas entachées de substitution prohibée, et qui par conséquent seraient valables.

I. La disposition de l'usufruit d'un bien au profit d'une personne et de la nue propriété de ce même bien au profit d'une autre. « *Il en sera de même* » [c'est-à-dire qu'il n'y aura pas substitution prohibée] « *de la disposition entre-vifs ou testamen-* » *taire par laquelle l'usufruit sera donné à l'un, et la nue propriété à l'autre* », dit l'art. 899. C'était à peine utile à exprimer. La substitution suppose, comme nous l'avons vu, deux donations successives du *même bien.* Or il y a bien ici une double donation; mais chacune a pour objet un bien différent : la première l'usufruit, la deuxième la nue propriété, deux droits parfaitement distincts. Il est vrai que le donataire de la nue propriété ne jouira qu'au décès du donataire de l'usufruit, et un examen superficiel pourrait faire croire que le donataire de l'usufruit, est chargé de conserver son droit pendant toute sa vie, pour le rendre à l'époque de sa mort au donataire de la nue propriété. Mais ce n'est là qu'une fausse apparence : comment le donataire de l'usufruit pourrait-il être chargé de transmettre à sa mort un droit qui meurt avec lui ?

II. Il n'y aurait même pas substitution dans la disposition qui établirait deux

usufruits successifs. Exemple : « Je donne l'usufruit de tel immeuble à Paul et à sa mort à Pierre ». Il y a bien ici deux dispositions successives, mais elles n'ont pas pour objet le même bien : chacune porte sur un usufruit distinct. Comment, dirons-nous encore ici, le premier usufruitier pourrait-il être considéré comme chargé de conserver son droit pour le rendre à l'époque de sa mort au second, puisque son droit meurt avec lui ? C'est donc un nouveau droit d'usufruit qui prend naissance au profit du second usufruitier lors de la mort du premier ; il le tient tout entier du disposant et nullement du premier usufruitier. Le droit du second est tenu en échec par le droit du premier, voilà tout. Cpr. t. I, n. 1307.

III. Les mêmes principes conduisent à décider que la disposition suivante ne serait pas entachée de substitution : « Je lègue l'usufruit de mes biens à *Primus* et à *Secundus ;* le survivant aura l'usufruit de la totalité ». Chaque légataire reçoit à l'ouverture du legs l'usufruit de la moitié du bien, et il a droit en outre à l'usufruit de l'autre moitié, sous la condition qu'il survivra à son colégataire. Nous sommes donc en face d'un legs conditionnel, et non d'une substitution prohibée.

IV. Thévenot, que nous avons déjà cité plusieurs fois, voyait une substitution dans la disposition suivante : « Je lègue l'usufruit de mes biens à mon neveu, et la nue propriété à ses enfants nés et à naître ». Mais cette solution, qui pouvait se justifier jusqu'à un certain point à une époque où les substitutions étaient permises et même vues avec faveur, ne saurait être admise sous l'empire d'une législation, qui, comme celle du code civil, prohibe les substitutions et annule les dispositions faites en violation de cette prohibition. On devrait prendre la disposition dont il s'agit pour ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire la considérer comme contenant un double legs, l'un de l'usufruit au neveu, l'autre de la nue propriété à ses enfants. Aussi le legs de la nue propriété ne pourrait-il profiter qu'aux enfants conçus lors du décès du testateur (arg. art. 906).

V. Plusieurs copropriétaires d'un même immeuble conviennent que la part des prémourants accroîtra aux survivants, de sorte que celui qui survivra à tous les autres se trouvera être propriétaire de la totalité de l'immeuble. Cette convention n'est pas entachée de substitution. En effet la substitution suppose nécessairement une donation, et même une double donation ; or ici il n'y a qu'une convention intéressée de part et d'autre, à titre onéreux par conséquent : chaque copropriétaire stipule le droit de recueillir la part des autres, s'il leur survit, comme contre-valeur de la chance qu'il court de perdre la sienne s'il prédécède. C'est une sorte de *tontine.*

II. *Règles à suivre pour l'interprétation des dispositions qui sont attaquées comme contenant une substitution prohibée.*

685. Cette interprétation rentre dans l'office du juge. Il doit rechercher ce qu'a voulu le disposant ; et, si sa volonté est contraire à la loi, si la disposition, telle qu'il a entendu la faire, contient les éléments de la substitution prohibée, il doit en déclarer la nullité. Pour déterminer la volonté du disposant, le juge devra surtout avoir égard aux termes de la disposition, et combiner entre elles au besoin les différentes parties dont elle se compose ; souvent elles s'éclaireront mutuellement. Si, malgré tous ses efforts, le juge ne parvient pas à fixer le sens d'une disposition qui se prête à une double interprétation, dont l'une conduirait à dire que la disposition est entachée de substitution prohibée, il devra, toutes choses égales d'ailleurs, admettre l'autre interprétation ; car la première conduirait à annuler l'acte, comme étant fait en violation d'une prohibition de la loi, et dans le doute on ne doit pas supposer que le disposant ait entendu violer la loi et introduire ainsi dans sa disposition un élément de nullité. *Interpretandus est actus potius ut valeat quam ut pereat,* dit en

substance la loi 12 D., *De reb. dub.*, XXXIV, 5. Cpr. art. 1157. La jurisprudence la plus récente est en ce sens. Cass., 20 avril 1885, Sir., 85. 1. 440.

Cela nous conduit à parler de la substitution *compendieuse*. On désignait autrefois sous ce nom la disposition, qui pouvait être considérée soit comme une substitution vulgaire, soit comme une substitution fidéicommissaire, *quia sub compendio verborum plures continet substitutiones*. Dans notre ancien droit, on interprétait une semblable disposition dans le sens d'une substitution fidéicommissaire : ce qui était tout naturel, puisque cette substitution était vue avec faveur. Mais aujourd'hui que la loi la prohibe, c'est l'interprétation contraire qui devrait être admise. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à *Primus*, et EN CAS DE DÉCÈS à ses enfants ». Peut-être le testateur a-t-il voulu dire que, si *Primus* meurt avant lui, il institue ses enfants : auquel cas la disposition ne contient qu'une substitution vulgaire. Mais peut-être aussi, prévoyant le cas où *Primus* lui survivrait, le testateur a-t-il voulu lui léguer ses biens à la charge de les conserver pendant toute sa vie et de les rendre à sa mort à ses enfants, en supposant qu'ils lui survivent : auquel cas la disposition contiendrait une substitution fidéicommissaire. Dans l'hypothèse où rien ne permettra au juge de fixer le sens que la disposition avait dans la pensée du testateur, c'est la première interprétation qui devra être admise. Cpr. Limoges, 23 juin 1886, Dall. pér., 1887. 2. 78. Il en serait de même de la disposition suivante : « Je lègue tous mes biens à *Primus*, et, S'IL NE SE MARIE PAS, à *Secundus* » ; entendez : si *Primus* ne se marie pas avant mon décès. Montpellier, 26 mai 1879, Sir., 80. 2. 167. Cpr. Cass., 24 avril 1882, Sir., 83. 1. 294.

N° 3. Effets de la prohibition des substitutions.

686. Aux termes de l'art. 896 al. 2, la disposition entachée de substitution est nulle « même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou » du légataire ». Dans toute disposition conçue en violation de l'art. 896, il y a une double libéralité avec ordre successif : l'*institution*, faite au profit du premier gratifié, et la *substitution*, faite en faveur du second, cette dernière *éventuelle*, parce qu'elle ne doit s'ouvrir qu'à la mort du grevé, et seulement si l'appelé vit à cette époque. Eh bien ! l'art. 896 ne se borne pas à annuler le deuxième terme de la disposition, celui qui est illicite, la charge de conserver et de rendre, la *substitution* en un mot ; il annule aussi l'institution. C'est donc la disposition tout entière qui croule. Exception remarquable, nous l'avons déjà noté (*supra* n. 363), à la disposition de l'art. 900, qui aurait conduit à considérer l'institution comme valable, la substitution seule étant anéantie en tant que charge ou condition illicite. Notre législateur s'est ainsi montré plus sévère que celui de 1792, qui se bornait à annuler la charge illicite de conserver et de rendre, la substitution. Quel en est le motif ? On a sans doute considéré qu'il existe une sorte d'indivisibilité entre les deux parties de la disposition, l'institution et la substitution, en ce sens qu'il n'est nullement démontré que, dans la pensée du testateur, l'une des deux fût principale et l'autre accessoire, et qu'en tout cas on ne peut savoir quelle est celle qu'il considérait comme principale. Annuler seulement la substitution sans annuler l'institution, c'est supposer que,

dans la pensée du diposant, l'institution était la disposition à laquelle il attachait le plus d'importance, celle qu'il aurait conservée s'il eût été obligé d'opter entre l'une et l'autre. Mais qui peut savoir s'il ne pensait pas précisément le contraire? Du moment qu'on ne pouvait conserver la disposition dans toutes ses parties, il fallait l'annuler tout entière. D'ailleurs, cette sanction rigoureuse a pu paraître nécessaire pour assurer l'efficacité d'une prohibition, contre laquelle le législateur savait qu'on lutterait d'une manière opiniâtre. « Il a voulu, dit M. Coin-Delisle, couper les substitutions par la racine ». Que serait-il arrivé en effet, si le législateur n'avait annulé que la charge de conserver et de rendre, en maintenant la disposition faite au profit du premier gratifié? C'est que beaucoup auraient fait des dispositions à charge de rendre, espérant que les grevés se croiraient tenus en conscience d'exécuter la charge. Souvent leurs prévisions n'auraient pas été trompées, et le succès de la prohibition eût été compromis. Il n'y avait qu'un moyen de la rendre efficace, c'était d'annuler la disposition tout entière.

687. Les dispositions, faites en violation de la prohibition formulée par l'art. 896, sont plus que nulles, elles sont inexistantes, car la prohibition dont il s'agit est fondée, ainsi que nous l'avons vu, sur des considérations d'ordre public au premier chef. La principale conséquence à tirer de là, c'est qu'une disposition de ce genre n'est pas susceptible de confirmation ou ratification soit expresse, soit tacite; on peut confirmer un acte vicié, imparfait; mais on ne confirme pas le néant. Ainsi notamment l'exécution volontaire de la disposition n'engendrerait pas une fin de non-recevoir contre le disposant ou ses héritiers, qui agiraient en restitution des biens contre le donataire ou le légataire.

688. La prohibition de l'art. 896 est d'une rigueur extrême; et, s'il n'est pas permis d'en restreindre arbitrairement la portée, encore moins doit-on l'étendre au delà de ses justes limites. Or ce que la loi annule, c'est seulement la disposition entachée de substitution. Si donc, dans un même acte, dans un testament par exemple, il y a des dispositions atteintes de ce vice et d'autres qui en sont exemptes, la nullité des premières n'entraînera par la nullité des secondes qui en sont indépendantes. *Utile per inutile non viciatur.*

689. Toute clause pénale, par laquelle le disposant aurait cherché à assurer l'exécution d'une disposition entachée de substitution prohibée, serait nulle et de nul effet. Telle serait la clause ainsi conçue : « Si mes héritiers attaquent mon testament et le font annuler comme fait en violation de l'art. 896, je lègue en ce cas tous mes biens à Paul ». *Nemo cavere potest ne leges in suo testamento locum habeant.* Cpr. art. 1227.

Nous pensons qu'il en serait autrement, si le testateur avait dit : « Au cas où il arriverait, contrairement à mes prévisions, que telle disposition fût considérée comme entachée de substitution prohibée et frappée de nullité à ce titre, alors je déclare m'en départir et la remplacer par telle autre disposition ». Nous n'avons plus ici le spectacle d'un testateur qui se révolte contre la loi et veut être plus fort qu'elle, mais d'un testateur qui se montre respectueux de ses prescriptions. Il croit que la

loi autorise la disposition qu'il a faite, mais il n'en est pas sûr. Un semblable doute peut exister même dans l'esprit d'un jurisconsulte ; car c'est chose fort difficile que de déterminer les limites exactes de la prohibition, et il y a ici un grand nombre de dispositions qui côtoient la nullité. Pourquoi en pareil cas serait-il défendu au disposant d'échapper à une nullité, qu'il croit ne pas commettre, mais dont il redoute cependant l'existence ?

690. A qui profite la nullité des dispositions entachées de substitution prohibée. — En principe, c'est à l'héritier légitime du disposant ; car la loi déclare la disposition nulle « même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire », et il est clair que ce ne sont pas ceux contre lesquels la nullité est établie qui peuvent en profiter.

* Cette solution doit être maintenue, même au cas où la charge de rendre aurait été imposée à un légataire universel. — Cela est sans difficulté, quand la charge s'applique à l'universalité tout entière. Ainsi un testateur a dit : « J'institue Paul mon légataire universel, à la charge de conserver tous les biens dont mon hérédité se compose et de les rendre à sa mort à Pierre, si celui-ci lui survit ». Il est certain que la disposition est nulle aussi bien à l'égard de Paul, l'institué, qu'à l'égard de Pierre, le substitué ; les biens reviendront donc à l'héritier légitime du disposant. — Nous n'y voyons guère de doute non plus, si la charge de restituer s'applique à une fraction de l'universalité. Ainsi la charge de rendre imposée au légataire universel porte sur le quart des biens seulement. Ce quart reviendra à l'héritier légitime ; mais l'institution sera maintenue pour le surplus, c'est-à-dire pour les trois quarts : car pour cette portion il n'y a pas charge de rendre, et par conséquent l'institution n'est pas viciée.

* La question devient beaucoup plus délicate, si la charge de restitution imposée au légataire universel porte sur un objet déterminé, si le testateur a dit par exemple : « Je lègue tous mes biens à Paul, à la charge de conserver mon domaine de N... pendant toute sa vie et de le rendre à sa mort à Pierre ». Même dans cette hypothèse, la jurisprudence déclare la disposition, entachée de substitution, nulle à l'égard du légataire universel, et elle attribue par conséquent à l'héritier légitime le bien qui fait l'objet de cette disposition, le domaine dans l'espèce proposée. On dit en ce sens que l'art. 896 est formel : il déclare la disposition, entachée de substitution, nulle même à l'égard de l'*héritier institué* ou légataire universel. Cass., 16 mars 1874, Sir., 74. 1. 299.

* Quoi qu'il en soit au sujet de ce dernier point, sur lequel il y aurait beaucoup à dire, ce qui paraît certain, c'est que, si le défunt, ayant institué un légataire universel, a fait en outre un legs particulier, et que celui-ci soit entaché de substitution prohibée, sa nullité profitera au légataire universel et non à l'héritier légitime. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à *Primus;* je lègue à *Secundus* mon domaine de N..., à la charge de le rendre à sa mort à *Tertius* ». La nullité de cette dernière disposition profitera au légataire universel *Primus* (héritier institué) et non à l'héritier légitime. En effet, la loi dit que la disposition est nulle *à l'égard de l'héritier institué* ou *du légataire*. Elle ne dit pas que la disposition soit nulle à l'égard de l'héritier institué ET du légataire tout à la fois, ce qui serait nécessaire pour que la nullité pût profiter à l'héritier légitime. Cette solution est d'ailleurs très rationnelle. L'héritier institué n'étant ici grevé d'aucune charge de restitution, on ne voit pas trop comment la disposition pourrait être déclarée nulle par rapport à lui. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens.

§ II. *Des substitutions exceptionnellement permises.*

N° 1. Dans quels cas la loi les autorise.

691. Un père, dont le fils est dissipateur ou enclin aux folles entreprises, voit d'un œil inquiet le sort réservé aux enfants de ce fils, ses petits-enfants à lui. Après ma mort, se dit-il, mon fils dévorera en folles dépenses ou en fausses spéculations les biens qu'il aura recueillis dans ma succession, et il laissera ses enfants dans la misère. Existe-t-il un moyen légal pour parer à ce danger? Oui, et c'est la substitution qui le fournit. La loi, qui la prohibe quand elle doit être un instrument d'inégalité entre les enfants d'un même père, l'autorise au contraire ici, parce qu'elle permet de réaliser une bonne œuvre. Dans notre hypothèse, le père donnera à son fils tout ou partie des biens qui composent sa *quotité disponible,* à la charge de les rendre à sa mort à ses enfants nés ou à naître.

C'est ce qui résulte de l'art. 1048, ainsi conçu : « *Les biens dont les » pères et mères ont la faculté de disposer, pourront être par eux don- » nés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes » entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux » enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits dona- » taires* ».

Sur quoi il faut remarquer :

1° Que le père ne peut disposer, par le mode exceptionnel qu'autorise notre article, que des biens formant sa *quotité disponible.* La réserve doit parvenir intacte aux réservataires; elle ne saurait être grevée d'aucune charge. D'ailleurs, la disposition peut être faite par acte entre vifs ou testamentaire ;

2° Que la donation avec charge de rendre, autorisée par notre article, ne peut être faite que par un père ou une mère à son enfant. Un aïeul ne pourrait donc pas valablement donner à son petit-fils, avec charge de rendre à ses arrière-petits-fils ;

3° Que la charge de rendre ne peut être imposée qu'au profit des *enfants* du donataire, non au profit de ses petits-enfants, s'il n'a pas d'enfants. Argument de ces mots de la rubrique *en faveur des petits-enfants du donateur ;*

4° Que la charge de restitution doit être imposée au profit de tous les enfants nés et à naître du donataire, sans exception ;

5° Que la charge de restitution ne peut pas être imposée successivement, d'abord à l'enfant au profit de ses enfants, petits-fils du disposant, puis à ceux-ci au profit de leurs enfants, arrière-petits-fils du disposant : ce qui constituerait une substitution *graduelle,* excédant les limites établies par notre article. La loi dit : « au pre- » mier DEGRÉ seulement » : ce qui fait vraisemblablement allusion au *degré de restitution;* elle n'autorise donc pas une charge de restitution à deux degrés.

Ces diverses solutions sont commandées par la nature même de notre disposition qui, dérogeant au droit commun, doit être interprétée restrictivement.

692. L'art. 1049 autorise l'usage de la substitution fidéicommissaire dans un deuxième cas, qui présente beaucoup d'analogie avec celui

prévu par l'art. 1048 : « *Sera valable, en cas de mort sans enfants, la* » *disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou testamen-* » *taire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou* » *partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession,* » *avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au pre-* » *mier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires* ».

Ainsi l'art. 1049 autorise, au profit des enfants du frère ou de la sœur, c'est-à-dire des neveux et nièces, la disposition que l'art. 1048 autorise au profit des enfants du fils. Et toutefois la disposition n'est valable qu'autant que le disposant meurt sans enfants ; mais il importerait peu qu'il eût des enfants lors de la disposition, s'ils sont morts avant lui. La présence d'enfants au moment du décès du disposant empêche la substitution d'être valable, parce que la loi ne l'autorise que dans le but d'assurer au profit des neveux et nièces la conservation des biens qui leur sont naturellement et légalement destinés. Or mes biens ne sont naturellement et légalement destinés à mes neveux et nièces qu'autant que je ne laisse pas d'enfants à l'époque de mon décès.

L'art. 1049 est conçu à peu près dans les mêmes termes que l'art. 1048 ; il y aurait donc lieu de répéter *mutatis mutandis* tout ce que nous venons de dire au numéro précédent.

693. La disposition autorisée par les art. 1048 et 1049, est infiniment préférable à celle par laquelle le père ou le frère donnerait ou léguerait l'usufruit des biens composant sa quotité disponible à son fils ou à son frère, et la nue propriété de ces biens aux enfants de ce fils ou de ce frère ; car la donation ou le legs de la nue propriété ne pourrait profiter qu'aux petits-enfants ou aux neveux nés ou au moins conçus au moment de la donation ou du décès du disposant (arg. art. 906), tandis que la substitution profite à tous sans exception. La disposition serait même nulle, si elle avait été faite au profit de quelques-uns seulement des enfants du donataire. En effet, aux termes de l'art. 1050 : « *Les dispositions permises par les deux articles précédents, ne seront* » *valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous* » *les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge* » *ou de sexe* ».

Dans les substitutions permises, la représentation est admise au profit des descendants des petits-fils ou des neveux prédécédés lors de l'ouverture de la substitution. C'est ce qui résulte de l'art. 1051, ainsi conçu : « *Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au* » *profit de ses enfants, meurt, laissant des enfants au premier degré et* » *des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilleront, par* » *représentation, la portion de l'enfant prédécédé* ». Mais, si tous les enfants au premier degré du donataire grevé de restitution venaient

à mourir avant lui, la substitution deviendrait caduque; elle ne s'ouvrirait pas au profit des petits-enfants, car la charge de restitution ne peut être imposée qu'en faveur des enfants du donataire.

694. En résumé, les substitutions fidéicommissaires, proscrites en principe par l'art. 896, sont autorisées par exception dans deux cas : 1° un père peut donner à son fils, par acte entre vifs ou testamentaire, tout ou partie des biens composant sa quotité disponible, avec charge de les rendre à sa mort (ce qui implique la charge de les conserver) à tous ses enfants nés ou à naître; 2° un frère est autorisé à faire une disposition semblable en faveur de son frère, avec charge de restitution au profit des enfants nés ou à naître de celui-ci. Et toutefois, la disposition n'est valable dans ce dernier cas que si le disposant meurt sans enfants.

695. Quand une donation entre vifs a été faite purement et simplement par un père à son fils ou par un frère à son frère, le donateur ne peut plus, par un acte postérieur, imposer au donataire la charge de rendre les biens donnés à ses enfants nés ou à naître : ce serait révoquer partiellement la donation, et le donateur n'a pas ce droit. La charge de restitution ne pourrait même pas valablement être imposée au donataire de son consentement; ce serait une stipulation pour autrui (au profit des appelés), nulle comme faite en dehors des cas où l'art. 1121 autorise exceptionnellement une stipulation de ce genre. Toutefois, le consentement mutuel des parties peut avoir pour résultat de grever de restitution au profit des enfants du donataire les biens qui ont fait l'objet d'une donation pure et simple, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1052, ainsi conçu : « *Si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels les biens auraient » été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle » libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens » précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis » de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour » s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris » dans la seconde disposition* ». Il va sans dire que la charge de restitution, ainsi imposée après coup, ne porterait aucune atteinte aux droits que des tiers auraient acquis sur les biens substitués, à une époque où ils étaient libres entre les mains du donataire.

N° 2. Mesures prescrites dans l'intérêt des appelés et dans celui des tiers.

696. Le grevé reste pendant toute sa vie en possession des biens substitués. Pour assurer la restitution dont il est éventuellement tenu au profit des appelés, la loi prescrit certaines mesures conservatoires. Et comme, d'un autre côté, l'ouverture de la substitution réfléchit sur les tiers, puisqu'elle entraîne la résolution des droits qu'ils auraient pu acquérir du chef du grevé sur les biens substitués, et qu'ils ont intérêt par conséquent, lorsqu'ils traitent avec le grevé, à connaître la charge de restitution dont il est tenu, la loi prescrit en même temps certaines mesures de publicité dans le but de les éclairer. Les mesures conservatoires ordonnées dans l'intérêt des appelés, sont : 1° la nomination d'un tuteur à la substitution; 2° l'inventaire des biens substitués; 3° la

vente du mobilier et l'emploi des deniers. La mesure de publicité, prescrite dans l'intérêt des tiers, consiste dans une transcription ou une inscription suivant les cas.

1. *Nomination d'un tuteur à la substitution.*

697. Le tuteur à la substitution est investi d'une mission toute spéciale : assurer l'exécution de la substitution, et dans ce but veiller à l'accomplissement des mesures conservatoires prescrites par la loi. Le tuteur à la substitution n'administre pas; aussi n'y a-t-il pas lieu de lui nommer un subrogé tuteur, et ses biens ne sont-ils pas grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121. A vrai dire, c'est un *curateur* plutôt qu'un tuteur : on lui donnait ce titre dans notre ancien droit, et notre législateur a peut-être eu tort de ne pas le lui conserver.

En règle générale, le besoin d'un tuteur à la substitution ne se fait pas sentir pendant la vie du disposant; qui donc mieux que lui pourrait surveiller l'exécution de la substitution? Si cependant il ne voulait ou ne pouvait se charger de ce soin, il pourrait le confier à un tuteur de son choix. Sauf cette rare exception, la tutelle à la substitution ne s'ouvrira que par la mort du disposant. Les règles relatives à la nomination de ce tuteur sont contenues dans les art. 1055 et 1056.

Aux termes de l'art. 1055 : « *Celui qui fera les dispositions autorisées par les* » *articles précédents, pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme* » *authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur* » *ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées à la section VI du* » *chapitre II du titre* de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation ».

= *Ou par un acte postérieur en la forme authentique.* On admet généralement que cette nomination pourrait aussi être faite dans un acte revêtu des formes du testament olographe : un tuteur ordinaire peut être nommé dans cette forme (art. 398 cbn. 392), à plus forte raison un tuteur à la substitution.

L'art. 1056 ajoute : « *A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence* » *du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du* » *jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte* » *contenant la disposition aura été connu* ».

= *Il en sera nommé un.* Cette nomination devra être faite dans les formes ordinaires par le conseil de famille des appelés.

La loi est sévère pour le grevé qui ne satisfait pas à l'obligation que lui impose l'art. 1056. Aux termes de l'art. 1057 : « *Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article* » *précédent, sera déchu du bénéfice de la disposition; et dans ce cas, le droit pourra* » *être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés s'ils sont* » *majeurs, soit de leur tuteur ou curateur, s'ils sont mineurs ou interdits, soit de* » *tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits ou même d'office, à la dili-* » *gence du procureur du Roi près le tribunal de première instance du lieu où la* » *succession est ouverte* ».

= SERA *déchu..., et le droit* POURRA *être déclaré ouvert.* Bien que contradictoires en apparence, les termes de cette disposition, qui, impérative d'abord, paraît devenir ensuite facultative, se concilient parfaitement. Par le mot *pourra,* la loi nous fait entendre qu'il est *facultatif,* pour les personnes auxquelles elle accorde ce droit, de

provoquer la déchéance du grevé, et par le mot SERA, elle impose au juge l'obligation de prononcer cette déchéance lorsqu'il en est régulièrement requis : ce qui n'exclut pas cependant de la part du juge le droit et même le devoir d'examiner si le grevé est en faute; car il paraît impossible que la déchéance dont il s'agit ait été établie en vue du cas où le grevé se serait trouvé, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, dans l'impossibilité de remplir l'obligation que la loi lui impose. A l'impossible nul n'est tenu.

* La déchéance, prononcée contre le grevé par application de notre disposition, est définitive. Mais les droits des appelés sur les biens substitués ne peuvent être réglés que provisoirement, tout dépendant en définitive de l'état de choses qui existera au décès du grevé. Par exemple, s'il survient un nouvel enfant après la répartition faite entre les appelés, il faudra lui faire sa part; réciproquement, si un des appelés meurt avant le grevé, sa part accroîtra aux autres.

2. *Inventaire des biens substitués.*

698. « *Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitu-* » *tion, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous* » *les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le* » *cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire contien-* » *dra la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers* » (art. 1058).

= *Excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier.* Et plus généralement *toutes les fois que la disposition à charge de rendre sera faite à titre particulier. Eadem est ratio.* Ce qui conduit à dire que l'inventaire ne sera jamais nécessaire quand la disposition aura été faite par donation entre vifs, car une donation entre vifs ne peut être qu'à titre particulier (*supra* n. 474); et d'ailleurs, si la donation a pour objet des effets mobiliers, elle sera nécessairement accompagnée d'un état estimatif qui rendra l'inventaire inutile (art. 948). C'est donc seulement quand la disposition à charge de rendre constituera un legs universel ou à titre universel que l'inventaire prescrit par notre article sera nécessaire.

« *Il* [l'inventaire] *sera fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai* » *fixé au titre* des Successions, *en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les* » *frais seront pris sur les biens compris dans la disposition* » (art. 1059).

= *Dans le délai fixé au titre* des Successions. C'est à dire dans le délai de trois mois (art. 795); on n'ajoute pas les quarante jours, parce qu'il n'y a pas à délibérer.

« *Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il* » *y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécu-* » *tion, en présence du grevé ou de son tuteur* » (art. 1060).

= *Ou de son tuteur.* Le grevé peut être mineur.

S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédents, il sera procédé au même » *inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'art. 1057, en y appelant* » *le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution* » (*art.* 1061).

3. *Vente du mobilier et emploi des deniers.*

699. Les meubles perdant de leur valeur par l'usage et même par le seul effet du temps, et pouvant d'ailleurs être l'objet de détournements, la loi décide que ceux qui sont compris dans la disposition seront en principe vendus et qu'il sera fait du prix un emploi offrant toutes garanties. Ainsi l'exigeait l'intérêt des appelés.

En ce qui concerne la vente, l'art. 1052 dispose : « *Le grevé de restitution sera*

» *tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et* » *effets compris dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont il est* » *mention dans les deux articles suivants* ».

= *De tous les meubles et effets.* Malgré la généralité de ce texte, les motifs, sur lesquels est fondée sa disposition, conduisent à décider qu'il ne s'applique qu'aux meubles corporels. Les meubles incorporels ne dépérissent pas par l'usage ; à quoi bon les vendre? Et puis il faudrait souvent placer l'argent qui proviendrait de la vente en valeurs de même nature ; autant vaut les conserver.

Ce principe souffre une double exception que les art. 1063 et 1064 formulent en ces termes : « *Les meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été* » *compris dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature,* » *seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution* » (art. 1063). « *Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, seront censés compris* » *dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres; et le grevé sera seu-* » *lement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de* » *la restitution* » (art. 1064).

* Les bestiaux et ustensiles aratoires servant à faire valoir les terres sont déclarés *immeubles* par destination par les art. 522 et 524. Cela posé, la première partie de l'art. 1064, qui les déclare compris dans la disposition relative aux terres, peut paraître inutile, les immeubles par destination suivant nécessairement en qualité d'accessoires le sort de l'immeuble auquel ils sont liés, et la deuxième, qui les déclare soustraits à la règle que les MEUBLES doivent être vendus, semble être le résultat d'un oubli. Mais on aurait tort de faire de ce chef le procès au législateur. Le titre *Des Donations...*, qui contient l'art. 1064, a été décrété avant celui *De la distinction des biens,* où se trouvent les art. 522 et 524. L'art. 1064 n'est qu'un écho de l'ancien adage *Instrumentum fundi non est pars fundi,* sur lequel on vivait encore à cette époque et que les art. 522 et 524 devaient bientôt remplacer par un principe opposé : le législateur ne pouvait pas bien évidemment se référer à ce nouveau principe avant qu'il fût décrété.

= *Pour en rendre une égale valeur.* L'art. 6 du titre I de l'ordonnance de 1747 disait : *pour en rendre* D'*une égale valeur.* Il est fort probable que notre législateur a voulu reproduire l'idée de l'ordonnance, bien qu'il en ait un peu modifié la formule, par inadvertance peut-être. Ce sont donc des bestiaux d'égale valeur que le grevé devra restituer, et non une valeur égale à celle des bestiaux.

700. L'*emploi* des deniers substitués est réglé par les art. 1065 à 1068, ainsi conçus :

ART. 1065. *Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compt du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs. — Ce délai pourra être prolongé, s'il y a lieu.*

ART. 1066. *Le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et des remboursements de rentes; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.*

ART. 1067. *Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles.*

= *Avec privilège sur des immeubles.* Il n'y a que deux moyens de placer des fonds avec privilège sur des immeubles : acheter une créance privilégiée sur un immeuble, ou payer un créancier ayant privilège sur un immeuble et se faire subroger dans ses droits. — Un placement sur première hypothèque peut valoir un placement avec

privilège; aussi décide-t-on que ce mode de placement devrait être admis comme équivalent de celui que la loi indique. Aujourd'hui les fonds substitués peuvent être placés en rentes françaises de toute nature, à moins de clause contraire (loi de finances du 16 septembre 1871, art. 29 al. 1 et 2).

Art. 1068. *L'emploi ordonné par les articles précédents sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.*

4. *Publicité de la substitution.*

701. Nous savons qu'elle a pour but d'éclairer les tiers sur la situation du grevé, qui ne peut concéder sur les biens substitués que des droits résolubles.

L'art. 1069 indique par quel moyen elle doit être réalisée : « *Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, » seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques; savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu » de la situation; et quant aux sommes colloquées avec privilège sur des » immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilège* ».

= *Les dispositions par actes entre-vifs ou* testamentaires. En règle générale, les dispositions testamentaires ne sont pas assujetties à la formalité de la transcription. La loi y soumet par exception celles qui contiennent une substitution permise. De sorte que les tiers sont présumés connaître indépendamment de la transcription toutes les dispositions testamentaires, à l'exception de celles qui contiennent des substitutions. C'est assez bizarre, pour ne rien dire de plus. La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a laissé subsister cette anomalie : « Il n'est point dérogé aux » dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant dona- » tion ou contenant des dispositions à charge de rendre.... », dit l'art. 11 *in fine*.

* Si les biens substitués sont des immeubles, la substitution sera rendue publique par la *transcription* de la disposition qui la contient. Si les biens substitués consistent en créances hypothécaires ou privilégiées, la substitution sera portée à la connaissance des tiers par la mention de l'acte qui la contient en marge de l'inscription du privilège ou de l'hypothèque : c'est en ce sens que doit être entendue la partie finale de l'art. 1069.

* Les dispositions que nous venons d'analyser doivent être appliquées par analogie au cas où des deniers substitués sont employés en immeubles ou placés avec privilège sur des immeubles, par application de l'art. 1067. Au premier cas, il faudra, dans la transcription de l'acte d'acquisition, relater la disposition contenant la substitution; au deuxième, on devra la mentionner dans l'inscription du privilège ou en marge de cette inscription si elle est déjà prise.

* Lorsque la charge de rendre s'applique à des biens faisant l'objet d'une donation entre vifs, l'acte est soumis à la transcription à un double titre : en tant que donation d'abord, en vertu de l'art. 939, en tant que substitution ensuite, en vertu de l'art. 1069. Il pourrait arriver que l'acte fût transcrit comme donation sans l'être en tant que substitution; alors la donation faite au grevé serait opposable aux tiers, mais il n'en serait pas de même de la charge de restitution. C'est ce qui arriverait par exemple, si le conservateur des hypothèques, par erreur ou par collusion, avait omis, en transcrivant l'acte de donation, de relater la clause portant charge de rendre; ou (ce cas est de nature à se présenter plus fréquemment) si, une donation ayant été faite purement et simplement, et transcrite, les biens compris dans cette dona-

tion sont grevés de restitution en vertu d'une clause d'une donation postérieure acceptée par le grevé (art. 1052), et que la substitution résultant de cette donation postérieure n'ait pas été rendue publique comme le veut la loi, c'est-à-dire par une mention de la clause de substitution en marge de la transcription de la première donation.

702. Tant que la substitution n'a pas été rendue publique par la voie qui vient d'être indiquée, les tiers sont réputés en ignorer l'existence, et par suite elle ne leur est pas opposable. Ils ont donc le droit de considérer le grevé comme propriétaire incommutable des biens substitués, et les droits qu'ils acquièrent sur ces biens en traitant avec lui sont irrévocables, pourvu qu'ils se soient eux-mêmes conformés en temps utile aux prescriptions de la loi pour la conservation de ces droits.

Il en serait ainsi, alors même que les tiers qui ont traité avec le grevé auraient eu connaissance de la substitution par une autre voie. On lit à ce sujet dans l'art. 1071 : *Le défaut de transcription ne pourra être » suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créan- » ciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par » d'autres voies que celle de la transcription* ». Les formalités ne se suppléent pas, dit Pothier.

703. Qui peut se prévaloir du défaut de transcription de la substitution. « *Le défaut de transcription de l'acte contenant la dis- » position poura être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs...* » (art. 1070 al. 1). Il s'agit bien évidemment des créanciers et tiers acquéreurs du grevé.

= *Par les créanciers,* même chirographaires. *Lex non distinguit.*

= *Par les tiers acquéreurs :* ce qui, suivant l'opinion générale, ne comprend que les acquéreurs *à titre onéreux.* Tel est le sens ordinaire de l'expression *tiers acquéreurs.* Cpr. art. 2184. Ici comme ailleurs, la loi favorise moins les acquéreurs à titre gratuit du grevé, *qui certant de lucro captando,* que les acquéreurs à titre onéreux, *qui certant de damno vitando.* Il est d'ailleurs sans difficulté que, dans notre matière, la loi comprend sous cette dénomination, non seulement ceux auxquels le grevé a transmis un droit de propriété sur les biens substitués, mais aussi ceux auxquels il a transmis des droits réels, tels que servitude, usufruit, hypothèque, pourvu toujours que ce soit à titre onéreux.

Bien que la loi ne parle que du défaut de *transcription,* il est clair que les créanciers et les tiers acquéreurs pourraient opposer aussi le défaut d'inscription.

D'ailleurs le défaut de transcription ou d'inscription peut être opposé « *même aux* » [appelés] *mineurs ou interdits; sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à » l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce » défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolva- » bles* » (art. 1070 *in fine*).

Telles sont les seules personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription de la substitution : les créanciers et les tiers acquéreurs *à titre onéreux* du grevé.

Les ayant cause du donateur n'ont en aucun cas ce droit.

* Cela est sans difficulté pour les ayant cause universels du donateur, tels que ses héritiers ou ses légataires universels. Mais la règle s'applique même à ses

ayant cause à titre particulier, non seulement à ses donataires, comme pourrait le faire croire l'art. 1072, mais aussi à ses acquéreurs à titre onéreux. Ces divers intéressés pourraient bien invoquer le défaut de transcription de la *donation* faite au grevé (arg. art. 939), et ils pourraient l'invoquer même à l'égard des appelés; mais ils ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription de la *substitution*. En d'autres termes, si la disposition avait été transcrite comme donation, conformément à l'art. 939, sans l'être comme substitution, conformément à l'art. 1069, les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux ou gratuit du disposant ne pourraient pas se prévaloir à l'égard des appelés du défaut de transcription de la substitution. La transcription de la donation leur avait appris que le donateur avait cessé d'être propriétaire, et cela leur suffisait; quel intérêt avaient-ils à connaître en outre la charge de restitution imposée au donataire?

* Tout ce que nous venons de dire aurait pu sans inconvénient être laissé dans la loi à l'état de sous-entendu, et cela aurait mieux valu que de l'exprimer d'une manière incomplète, comme l'a fait l'art. 1072, ainsi conçu : « *Les donataires, les légataires,* » *ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement* » *leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux* » *appelés le défaut de transcription ou inscription* ».

3. Sanction des dispositions qui précèdent.

704. Elle est contenue dans les art. 1073 et 1074, ainsi conçus :

Art. 1073. *Le tuteur nommé pour l'exécution sera personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles ci-dessus établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et, en général, s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement exécutée.*

Art. 1074. *Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui seront prescrites par les articles du présent chapitre.*

N° 3. Droits et obligations du grevé.

705. Jusqu'à l'ouverture de la substitution, les appelés n'ont qu'un droit *éventuel* aux biens substitués, car il se peut qu'ils meurent avant l'ouverture de la substitution, auquel cas ils seront considérés comme n'ayant jamais eu aucun droit aux biens substitués. Quel est donc, en attendant, le propriétaire de ces biens? C'est le grevé ; lui seul a ce titre jusqu'à l'ouverture de la substitution, c'est-à-dire ordinairement pendant toute sa vie. Son droit est résoluble, il est vrai, au profit des appelés; mais cela ne l'empêche pas d'être propriétaire *hic et nunc*, et il peut même devenir propriétaire incommutable s'il survit aux appelés.

De ce principe résultent plusieurs conséquences:

1° Le grevé peut aliéner les biens substitués ou établir sur eux des charges réelles, sauf résolution si la substitution vient à s'ouvrir;

2° Les créanciers du grevé peuvent saisir sur lui les biens substitués et les faire vendre pour se payer sur le prix; mais la vente ne préjudiciera en rien au droit des appelés. Bordeaux, 3 mai 1877, Sir., 77.2.236;

3° Les actions actives et passives résident sur la tête du grevé. Il peut donc exiger le paiement des créances comprises parmi les biens

substitués, et les débiteurs sont valablement libérés par un paiement fait entre ses mains. S'il peut toucher les créances, il doit pouvoir aussi les céder; on l'admet généralement;

4° C'est contre le grevé que court la prescription relativement aux biens substitués. Ainsi le grevé reste pendant trente ans sans demander le paiement d'une créance comprise parmi les biens substitués, la créance sera éteinte par la prescription. Ou bien un tiers s'empare d'un immeuble substitué et le possède pendant trente ans, il y aura prescription à son profit;

Une fois accomplie contre le grevé, la prescription sera opposable aux appelés, fussent-ils mineurs; leur minorité n'a pas pu suspendre la prescription, parce que ce n'est pas contre eux qu'elle a couru, mais bien contre le grevé. La prescription ne peut courir que contre celui sur la tête duquel le droit réside, contre le propriétaire ou contre le créancier; or ce titre appartenait au grevé. Et, si l'on objecte que les appelés subiront ainsi la prescription sans avoir pu la conjurer, il faut répondre qu'ils auraient pu l'interrompre soit eux-mêmes, soit par leur tuteur : les appelés ont avant l'ouverture de la substitution un droit *éventuel,* un droit *conditionnel,* et ils peuvent à ce titre faire des actes *conservatoires* en général et interrompre la prescription en particulier. Arg. art. 1180.

5° Si le grevé a le droit, en sa qualité de propriétaire, de disposer des biens substitués, à plus forte raison a-t-il le droit d'en jouir; et il est remarquable que son droit de jouissance n'est pas soumis à la cause de résolution qui menace son droit de propriété. En d'autres termes, si l'événement qui doit donner ouverture à la substitution se réalise, les actes de disposition accomplis par le grevé seront considérés comme non avenus à l'égard des appelés; mais il n'en sera pas de même des actes de jouissance : le grevé n'aura pas à restituer les fruits par lui perçus, et les actes qu'il aura accomplis pour l'exercice de son droit de jouissance seront maintenus.

706. Différences entre le grevé de restitution et un usufruitier. — On aurait tort de conclure de ce qui vient d'être dit que l'ouverture de la substitution réduit le droit du grevé à un simple usufruit. La situation du grevé, dont le droit est résolu par l'ouverture de la substitution, n'est pas de tous points la même que celle d'un usufruitier dont l'usufruit est éteint. Il y a entre l'un et l'autre des différences importantes. Voici les principales :

1° Le grevé, étant propriétaire, a un droit de jouissance plus étendu que l'usufruitier qui ne l'est pas : il peut faire subir à la substance de la chose certaines transformations qu'un usufruitier n'aurait pas le droit d'opérer, par exemple défricher un bois pour le transformer en une terre labourable;

2° L'usufruitier est obligé de fournir caution (art. 601); le grevé n'est pas tenu de cette obligation, car nulle loi ne la lui impose;

3° Obligé de conserver pour rendre, le grevé est par cela même tenu, à la différence d'un usufruitier (art. 605), de faire les grosses réparations nécessaires à la conservation des biens substitués, sauf à se faire rembourser, lors de l'ouverture de la substitution, les sommes qu'il aura dépensées dans ce but;

4° Le grevé a droit à la bonification de la plus-value qu'il a procurée aux biens substitués en faisant des impenses d'amélioration. L'art. 599 al. 2, qui refuse de ce

chef toute indemnité à l'usufruitier, déroge au droit commun, et sa disposition ne doit pas être étendue au grevé;

5° Pour le même motif, il n'y aurait pas lieu d'appliquer au grevé l'art. 585 al. 2. Le grevé aurait donc droit à une indemnité pour les frais de labours et de semences qui correspondent aux fruits pendants au moment où s'ouvre le droit des appelés.

Il y a toutefois dans la doctrine quelques divergences sur ces divers points.

Le grevé ayant le droit de jouir sa vie durant des biens substitués, on doit lui reconnaître la faculté d'accomplir relativement à ces biens tous les actes d'administration; car il n'est pas possible de jouir sans administrer. Notamment le grevé a le droit de faire des baux de neuf ans et au-dessous. Et comme les actes faits conformément aux dispositions de la loi doivent être maintenus, on doit en conclure que les appelés seront tenus de les respecter.

N° 4. De l'ouverture de la substitution.

707. Aux termes de l'art. 1033 1re partie: « *Les droits des appelés* » *seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouis-* » *sance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution, ces-* » *sera...* ». La substitution s'ouvre donc par tout événement qui met fin au droit du grevé, c'est-à-dire:

1° *Par la mort du grevé.* C'est la cause régulière et normale d'ouverture de la substitution. Et toutefois, un droit quel qu'il soit ne pouvant s'ouvrir qu'autant qu'il existe au moment de son ouverture une tête sur laquelle il puisse se fixer, il en résulte que le décès du grevé ne donne ouverture à la substitution qu'autant qu'il existe au moins un appelé vivant à cette époque; autrement la substitution serait caduque. Nous reviendrons sur ce point;

2° *Par la déchéance prononcée en vertu de l'art.* 1057 *contre le grevé, pour n'avoir pas satisfait à l'obligation que la loi lui impose de faire nommer un tuteur à la substitution;*

Nous savons que cette déchéance n'est pas encourue de plein droit; elle suppose en effet une faute ou au moins une négligence coupable de la part du grevé : il y a donc lieu à une appréciation qui nécessite l'intervention du juge.

3° *Par l'abdication du grevé,* c'est-à-dire par la renonciation qu'il fait de son droit au profit des appelés. La loi dit à ce sujet: « ... *l'a-* » *bandon anticipé de la jouissance au profit des appelés, ne pourra pré-* » *judicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon* » (art. 1053 *in fine*).

* Ces créanciers conserveront donc sur les biens substitués tous les droits qui leur appartenaient avant l'abandon. Cette décision, qui est contenue en puissance dans notre texte, était formulée expressément par l'art. 42 de l'ordonnance de 1747, ainsi conçu : « La restitution du fidéicommis faite avant le temps de son échéance » par quelque acte que ce soit, ne pourra empescher que les créanciers du grevé de » substitution qui seront antérieurs à ladite remise, ne puissent exercer sur les » biens substituez les mêmes droits et actions, que s'il n'y avait point eu de restitu- » tion anticipée, et ce, jusqu'au temps où le fidéicommis devait être restitué, ce qui

» aura lieu, même à l'égard des créanciers chirographaires, pourvu que leurs créan-
» ces ayent une date certaine avant ladite remise ».

* La disposition finale de l'art. 1053 paraît n'être qu'une application particulière de ce principe, que la restitution anticipée faite par le grevé ne doit pas préjudicier aux droits acquis à des tiers. Il convient donc de généraliser cette disposition : ce qui conduit notamment à décider que l'abandon anticipé fait par le grevé, ne peut pas porter atteinte aux aliénations par lui consenties, ainsi que le décidait l'art. 43 de l'ordonnance de 1747 : « Ne pourra pareillement ladite restitution anticipée nuire
» à ceux qui auroient acquis des biens substituez de celui qui aura fait ladite resti-
» tution, et ils ne pourront être évincez par celui à qui elle aura esté faite qu'après le
» temps où le fidéicommis auroit dû lui être restitué ».

* La restitution anticipée faite par le grevé ne pourrait non plus porter aucune atteinte aux droits des appelés, qui n'étaient pas encore nés ou conçus à l'époque de l'abandon. Ainsi le grevé abdique son droit au profit de ses deux enfants; plus tard, il lui en survient un troisième : ce dernier pourra réclamer sa part des biens substitués, s'il est vivant à l'époque où la substitution se serait ouverte en l'absence de l'abandon fait par le grevé.

* Le principe d'interprétation restrictive, applicable à toutes les dispositions qui établissent des déchéances, nous paraît s'opposer à ce que l'on étende au grevé de restitution la disposition de l'art. 618, qui permet de prononcer l'extinction de l'usufruit pour cause d'abus de jouissance de l'usufruitier. Tout ce que pourraient obtenir les appelés, si le grevé se rendait coupable de graves abus qui compromettraient leur droit éventuel, c'est la mise en séquestre des biens substitués. Il y a toutefois de graves dissentiments sur ce point dans la doctrine; quelques auteurs vont jusqu'à considérer l'abus de jouissance du grevé comme une cause d'ouverture anticipée de la substitution.

708. Effets de l'ouverture de la substitution. — L'ouverture de la substitution rend les appelés propriétaires des biens substitués, et résout le droit de propriété qui appartenait au grevé sur ces biens : ce qui entraîne la résolution de toutes les aliénations par lui consenties et de tous les droits réels qui s'étaient assis de son chef sur les biens substitués, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Les appelés pourront donc revendiquer les biens substitués, entre les mains des tiers détenteurs.

Et toutefois, si les appelés ont accepté la succession du grevé purement et simplement, leur action en revendication pourrait être repoussée par application des règles sur la garantie : l'acquéreur pourrait en pareil cas leur opposer, comme il aurait pu opposer au grevé lui-même, l'exception de garantie, qui se traduit dans la maxime *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio :* qui doit garantir ne peut évincer.

D'un autre côté, l'action en revendication des appelés contre les tiers détenteurs des biens substitués pourrait être repoussée par l'invocation de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre,* s'il s'agissait d'objets mobiliers corporels.

Dans le naufrage général des droits réels qui se sont assis du chef du grevé sur les biens substitués, il y en a cependant un qui surnage quelquefois : c'est l'hypothèque légale de la femme du grevé. On lit à ce sujet dans l'art. 1054 : « *Les femmes des*
» *grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas*
» *d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le*
» *cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné* ».

On le voit, le droit pour la femme du grevé d'exercer son hypothèque légale au préjudice des appelés sur les biens substitués n'est que *subsidiaire*. Ensuite il ne peut avoir lieu que pour le *capital des deniers dotaux :* la loi est moins libérale ici que dans le cas de retour conventionnel (cpr. art. 952). Enfin ce recours ne peut appartenir à la femme qu'en vertu d'une déclaration expresse du *testateur;* ajoutez : ou du donateur. Il valait autant, à notre avis, supprimer la faveur accordée ici à la femme que de la réduire à des proportions aussi exiguës.

N° 5. De la caducité des substitutions.

709. La substitution devient caduque :

1° Lorsque le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, ou se trouve à cette époque incapable d'en recueillir le bénéfice ;

2° Lorsqu'il répudie la substitution ;

3° Lorsque les biens substitués ont péri totalement par cas fortuit.

§ III. *Des modifications qu'a subies la législation du code civil relative aux substitutions.*

A. *Majorats.*

710. En rétablissant les titres héréditaires, Napoléon avait en même temps rétabli l'usage des majorats, destinés à former la dotation de ces titres (décret du 30 mars 1806 et sénatus-consulte du 14 août suivant). Le *majorat* n'est pas autre chose qu'une substitution perpétuelle d'une nature particulière : chaque titulaire successif du majorat est chargé de conserver les biens dont il se compose et de les rendre à sa mort à l'aîné de ses enfants mâles. Les biens compris dans un majorat suivaient donc le titre de noblesse dont ils étaient la dotation ; ils étaient comme et avec lui transmissibles de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture.

Les majorats, dont les dispositions législatives précitées autorisaient la création, se divisaient en deux catégories :

1° Les majorats *de propre mouvement,* créés par le chef de l'Etat avec des biens faisant partie du domaine extraordinaire ;

2° Les majorats *sur demande,* fondés par des particuliers, avec des biens à eux appartenant, moyennant l'autorisation du chef de l'Etat.

Le rétablissement des majorats donna lieu, dans la deuxième édition officielle du code civil, faite en vertu de la loi du 3 septembre 1807, à l'addition au texte primitif de l'art. 896 d'un alinéa ainsi conçu : « *Néanmoins les biens libres formant la dotation d'un titre héréditaire que le Roi aurait érigé en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pourront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est réglé par l'acte du 20 mars 1806 et par celui du 14 août suivant* ».

Une loi du 12 mai 1835 interdit pour l'avenir toute institution de nouveaux majorats. En ce qui concerne les majorats antérieurement fondés, cette même loi distingue : elle laisse subsister purement et simplement les majorats de propre mouvement (art. 4) ; quant aux majorats sur demande, elle décide qu'ils « ne pourront s'étendre au delà de deux degrés, l'institution non comprise » (art. 2). Cette dernière disposition, qui présentait sans doute quelque obscurité, fut interprétée de la manière suivante par l'art. 1 de la loi du 7 mai 1849 : « Les majorats de biens particuliers qui auront été transmis à deux degrés successifs, à partir du premier titulaire sont abolis. Les biens composant ces majorats demeurent libres entre les mains de ceux qui en sont investis ». Et l'art. 2 de la même loi ajoute une nouvelle restriction aux effets des majorats de biens particuliers : « Pour l'avenir,

» la transmission, limitée à deux degrés, à partir du premier titulaire, n'aura lieu » qu'en faveur des appelés déjà nés ou conçus lors de la promulgation de la pré- » sente loi. S'il n'existe point d'appelés à cette époque, ou si ceux qui existaient décè- » dent avant l'ouverture de leur droit, les biens des majorats deviendront imme- » diatement libres entre les mains du possesseur ». Cette loi d'ailleurs, comme celle de 1835, laisse subsister les majorats de propre mouvement. Ils comprennent encore aujourd'hui, paraît-il, une vingtaine de millions.

B. *Extension que reçut la faculté de substituer, en vertu de la loi du 17 mai 1826, aujourd'hui abrogée.*

711. L'article unique de la loi du 17 mai 1826 portait : « Les biens dont il est » permis de disposer, aux termes des articles 913, 915 et 916 du Code civil, pour- » ront être donnés en tout ou en partie, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec » la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du donataire, nés ou à naître, » jusqu'au deuxième degré inclusivement. — Seront observés, pour l'exécution de » cette disposition, les art. 1051 et suivants du Code civil, jusques et y compris » l'art. 1074 ».

Cette loi, qui avait pour but de fonder une aristocratie de fortune, auxiliaire puissant d'un gouvernement monarchique, étendait sous plusieurs points de vue la faculté de substituer :

1° Elle accordait cette faculté à toute personne, tandis que les art. 1048 et 1049 la restreignent aux père et mère et aux frères et sœurs;

2° Elle ne subordonnait plus pour les frères et sœurs la faculté de substituer à la condition de leur décès sans enfants ;

3° Elle n'exigeait plus que la charge de restitution fût imposée en faveur de tous les enfants du donataire; elle pouvait l'être au profit de quelques-uns seulement, ou même d'un seul, l'aîné des enfants mâles par exemple;

4° Tandis que les art. 1048 et 1049 n'autorisent qu'une substitution simple, la loi de 1826 autorisait une substitution graduelle : le disposant pouvait établir deux degrés de restitution, dire par exemple : « Je donne à Paul, à la charge de rendre à sa mort à son fils aîné, lequel rendra lui-même à son décès à son fils aîné ».

Mais la loi de 1826 n'abrogeait pas le principe de la prohibition des substitutions, elle étendait seulement les exceptions qu'il comporte. Toute substitution, faite en dehors des limites autorisées par la loi de 1826, demeurait donc nulle et de nul effet, par exemple la substitution qui aurait été faite au profit d'un appelé autre qu'un enfant du grevé, ou celle qui aurait été faite avec charge de restituer au delà du deuxième degré.

La loi du 17 mai 1826 n'appartient plus qu'à l'histoire. Elle a été abrogée par l'art. 8 de la loi du 7 mai 1849, ainsi conçu : « La loi du 17 mai 1826, sur les substitutions, est abrogée »; et l'art. 9 ajoute : « Les substitutions déjà établies sont » maintenues au profit de tous appelés nés ou conçus lors de la promulgation » de la présente loi. Lorsqu'une substitution sera recueillie par un ou plusieurs des » appelés dont il vient d'être parlé, elle profitera à tous les autres appelés du » même degré, ou à leurs représentants, quelle que soit l'époque où leur existence » aura commencé ».

On voit qu'en définitive nous nous trouvons aujourd'hui ramenés en matière de substitutions aux dispositions du code civil.

CHAPITRE VII

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE OU AUTRES ASCENDANTS ENTRE LEURS DESCENDANTS

I. *Généralités.*

712. Aux termes de l'art. 1075 : « *Les père et mère et autres ascen-* » *dants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribu-* » *tion et le partage de leurs biens* ». Le partage autorisé par ce texte porte le nom de *partage d'ascendant.* Le but principal, que le législateur s'est proposé en l'autorisant, a été de tarir dans leur source même les contestations et les procès que fait naître si souvent le partage ordinaire entre les enfants d'un même père, *ut a fraterno certamine eos præservent... et occasiones litium dirimantur,* dit la novelle 18, chap. VII.

Le partage d'ascendant offre en outre l'avantage : 1° d'éviter les frais d'un partage judiciaire, quand il y a un ou plusieurs cohéritiers mineurs ou interdits ; 2° de permettre l'attribution à chaque cohéritier du lot qui lui convient le mieux : l'ascendant n'est pas aveugle, comme le sort, qui préside à la distribution des lots dans le partage judiciaire ; 3° de permettre à un ascendant vieux et infirme de se décharger d'une administration devenue onéreuse pour lui et compromettante pour sa famille : les biens, qui dépérissaient entre les mains débiles de l'ascendant, prospéreront entre les mains jeunes et vigoureuses de ses descendants ; à titre de compensation de l'abandon qu'il fait, l'ascendant stipulera le plus souvent une rente viagère, qui lui permettra d'attendre paisiblement la mort sans avoir à lutter contre les difficultés matérielles de la vie.

Ce sont là de précieux avantages, et le partage d'ascendant, qui, au point de vue théorique, est assis sur une base si solide, semble devoir donner en pratique les plus heureux résultats. Les enseignements que nous fournit la jurisprudence démentent cette prévision. Qu'on ouvre un recueil d'arrêts ; au mot *Partage d'ascendant,* on trouvera toujours un nombre considérable de décisions judiciaires. Les partages d'ascendant sont donc en pratique la source d'une foule de procès ; de sorte qu'une institution qui, par sa nature même, semble devoir être un instrument de paix, est devenue une véritable machine de guerre. Cela tient peut-être, dans une certaine mesure, à ce que les ascendants ne procèdent pas toujours au partage avec toute l'impartialité que la loi leur suppose ; ils ont quelquefois leurs préférences, et quand le partage en porte la trace, il devient une source intarissable de discordes et de haines entre les copartagés. Mais nous croyons qu'il faut attribuer pour la plus grande partie ce résultat à la fausseté du mécanisme de l'institution en elle-même. Le partage est un acte de *liquidation ;* or la loi permet à l'ascendant de l'opérer par un acte de *disposition* (donation entre vifs ou testamentaire) ; n'y a-t-il pas contradiction entre le but et le moyen ? C'est à peu près comme si l'on parlait de faire une charmille avec des platanes. De là le caractère toujours indécis du partage d'ascendant, acte bâtard s'il en fût ; on ne sait jamais si l'on doit appliquer les principes du partage ou ceux de la donation ; aussi cette matière est-elle la source de controverses sans fin. En présence de ces résultats, on se demande si le partage d'ascendant n'est pas un funeste présent de notre législateur !

* **713.** Il a fallu une disposition législative spéciale pour autoriser le partage d'ascendant. En effet, ce partage, comme on le verra bientôt, s'effectue soit par donation entre vifs, soit par testament; or les règles du droit commun n'auraient permis de le faire ni dans l'une ni dans l'autre de ces formes. — Elles auraient proscrit d'abord le partage d'ascendant fait par donation entre vifs; un pareil partage constitue évidemment un pacte sur succession future, qui, en l'absence d'une exception formelle inscrite dans la loi, serait tombé sous le coup de la prohibition générale des art. 791, 1130 et 1600. — Elles auraient proscrit également le partage d'ascendant fait par testament : le droit de propriété qui nous appartient sur les biens de ce monde prenant naturellement fin avec nous-mêmes, notre volonté ne peut produire effet sur ces biens pour le temps qui suivra notre mort qu'en vertu d'une concession formelle de la loi, et seulement dans les limites de cette concession. En l'absence d'une disposition législative spéciale, les donations testamentaires seraient interdites; et, sous l'empire d'une loi qui autoriserait seulement les donations testamentaires, le partage par testament ne serait pas admis; car autre chose est une donation testamentaire, autre chose un partage fait par testament. Les art. 1075 et suivants, qui autorisent et réglementent le partage d'ascendant, sont donc des exceptions au droit commun; et, comme une disposition exceptionnelle n'est pas susceptible d'être étendue d'un cas à un autre, on doit en conclure que nul autre qu'un ascendant n'a le droit de faire entre ses héritiers présomptifs le partage dont il s'agit. Un oncle, par exemple, ne pourrait pas opérer entre ses neveux le partage anticipé de sa succession, dans l'une des formes autorisées par l'art. 1076. Sans doute il peut répartir ses biens entre ses neveux comme il l'entendra, par donation entre vifs ou testamentaire; mais une semblable disposition ne produira que l'effet d'une donation, et non d'un partage, alors même que le disposant lui aurait donné ce nom. Ainsi l'un des neveux n'aurait pas le droit d'agir en garantie contre l'autre s'il est évincé d'un des biens à lui attribués, ni d'exercer l'action en rescision pour cause de lésion, quelle que soit la différence de valeur entre sa part et celle de ses frères. De même, si l'un des neveux avait été omis par le disposant, il ne serait pas fondé à se prévaloir de l'art. 1078. Toutefois le disposant pourrait, par une clause formelle, rattacher à la donation ou au legs un ou plusieurs effets du partage, *en tant que leur nature le permettrait.* Ainsi l'oncle, dont nous parlions tout à l'heure, pourrait établir l'obligation de garantie réciproque entre ses neveux. Il pourrait aussi obliger celui auquel il donne le lot le plus fort à payer une soulte à celui qui obtient le lot le plus faible, mais non grever les biens attribués au premier d'un privilège pour le paiement de la soulte, car le privilège ne peut être établi que par la loi (arg. art. 2095); or la loi l'établit bien pour la garantie de la soulte de partage (art. 2103 et 2109), mais elle ne l'établit ni ne permet de l'établir pour la garantie d'une soulte imposée par donation entre vifs ou testamentaire.

II. *En quelle forme se fait le partage d'ascendant. — Capacité requise.*

714. Aux termes de l'art. 1076 : « *Ces partages pourront être faits* » *par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions* » *et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. — Les* » *partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les* » *biens présents* ».

L'ascendant qui veut opérer le partage de ses biens entre ses descendants, a donc le choix entre les deux formes indiquées par notre article, la donation entre-vifs ou le testament; et c'est là ce que signifie le

mot *pourra,* qui indique simplement la faculté pour l'ascendant de recourir à l'une ou à l'autre des deux formes que la loi lui offre. Mais il n'aurait pas le droit d'en choisir une autre : le partage d'ascendant est un acte solennel, c'est-à-dire que, s'il n'est pas fait dans la forme légale, il est nul et même inexistant. Il en serait ainsi notamment du partage qu'un ascendant aurait fait entre vifs et par acte sous seing privé. En un mot, la loi accorde à l'ascendant, en ce qui concerne la forme du partage, non un choix illimité, mais un choix restreint.

Les auteurs désignent généralement sous le nom de *donation-partage* ou *partage-donation* le partage d'ascendant fait par acte entre vifs, et sous celui de *testament-partage* ou *partage-testament* le partage fait par acte testamentaire. Nous n'emploierons pas ces expressions, que nous ne trouvons ni dans le code civil ni dans le dictionnaire de l'académie. Nous préférons celles de *partage par acte entre vifs, partage testamentaire,* qui sont reproduites de l'art. 1076.

1. *Du partage par acte entre vifs.*

715. Nous avons défini le partage : l'acte qui met fin à l'indivision. Tout partage suppose donc nécessairement une indivision préexistante. Quelle est la source de l'indivision à laquelle met fin le partage d'ascendant fait par acte entre vifs? On dit ordinairement qu'en vertu d'une fiction de droit, la succession de l'ascendant qui opère un semblable partage, est réputée ouverte par anticipation, et que par suite ses biens sont considérés comme indivis entre ses descendants, de même qu'ils le seraient effectivement si sa succession était ouverte en réalité. C'est à cette indivision fictive que le partage mettrait fin. Mais aucune loi n'établit la fiction qui sert de base à ce raisonnement. Il nous paraît plus juridique et plus simple tout à la fois de dire que l'indivision naît de la donation même, faite par l'ascendant. L'acte qu'il accomplit peut se décomposer de la manière suivante : 1° donation collective des biens dont il veut opérer le partage, à tous ses héritiers présomptifs, ce qui les rend copropriétaires par indivis de ces biens ; 2° partage par l'ascendant lui-même des biens qu'il a ainsi rendus indivis. L'ascendant met donc fin à une indivision qu'il a lui-même créée, et il y met fin par l'acte même qui lui donne naissance.

716. Le partage par acte entre vifs est une véritable donation quant au fond et quant à la forme (arg. des mots *formalités, conditions* et *règles*). Il en est ainsi du moins dans les rapports de l'ascendant donateur avec les descendants copartagés; car nous verrons que, dans les rapports des copartagés entre eux, l'acte doit être envisagé plutôt comme un partage que comme une donation. Il y a lieu par suite d'appliquer au partage d'ascendant par acte entre vifs les règles de fond et les règles de forme des donations.

Les règles de fond. Il faudra donc, d'une part, que l'ascendant réunisse les conditions de capacité requises pour pouvoir disposer par donation entre vifs; ainsi une femme mariée ne pourrait pas partager ses biens par acte entre vifs entre ses enfants sans l'autorisation de son mari ou de la justice. D'autre part, tous les descendants copartagés devront avoir la capacité requise pour recevoir par donation entre vifs;

ainsi l'enfant du donateur, qui serait condamné à une peine afflictive perpétuelle, ne pourrait pas être compris dans un partage par acte entre vifs (loi du 31 mai 1854, art. 3); et, comme d'un autre côté cet enfant ne perd pas pour cela ses droits à la succession de son père, et que le partage, pour être valable, doit nécessairement être fait entre tous les enfants qui existeront lors du décès du disposant (art. 1078), il en résulte que le père, qui a un enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle, est dans l'impossibilité d'opérer par acte entre vifs le partage de ses biens entre ses enfants. Conséquence rigoureuse qui trouve son correctif pratique dans la disposition de l'art. 4 de la loi du 31 mai 1854. Cpr. t. I, n. 214.

La règle *Donner et retenir ne vaut* est une règle de fond des donations entre vifs. Le partage d'ascendant par acte entre vifs y sera donc soumis; notamment ce partage serait nul, s'il imposait aux copartagés l'obligation de payer des dettes à venir de l'ascendant (arg. art. 945). En ce sens, Cass., 8 mai 1878, Sir., 78. 1. 395.

Les règles de forme. Le partage par acte entre vifs est donc soumis aux formes prescrites par les art. 931 et suiv. Ainsi il devra être fait par acte notarié (art. 931); — l'acceptation des copartagés devra être expresse (art. 932); — si parmi les copartagés il y en a d'incapables, l'acceptation en ce qui les concerne devra être faite dans les formes prescrites par les art. 934 et suiv. : par exemple, si l'une des filles copartagées est mariée, elle ne pourra accepter qu'avec l'autorisation de son mari ou de la justice; — si le partage par acte entre vifs comprend des biens susceptibles d'hypothèques, il sera soumis à la formalité de la transcription (art. 939), de même que s'il comprend des effets mobiliers il sera soumis à la formalité de l'état estimatif (art. 948). Et toutefois, s'il ne s'agissait que d'objets mobiliers *corporels*, nous ne voyons pas ce qui pourrait s'opposer à ce que l'ascendant en opérât le partage par voie de simple tradition; on sait que les objets de cette nature admettent la donation manuelle.

2. *Du partage testamentaire.*

717. Le partage dont il s'agit est une véritable donation testamentaire quant au fond et quant à la forme (arg. art. 1076). Il faut donc appliquer les règles de fond et les règles de forme des donations testamentaires.

Les règles de fond. Ainsi il faut et il suffit que l'ascendant soit capable de disposer par testament. Une femme mariée pourrait donc faire un partage testamentaire de ses biens entre ses enfants sans autorisation (art. 226). Mais un ascendant, qui serait frappé d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle, ne pourrait pas plus partager ses biens entre ses descendants par acte testamentaire que par acte entre vifs (arg. art. 3 de la loi du 31 mai 1854). Quant aux descen-

dants copartagés, on décide en général qu'il leur suffit d'être capables de recevoir à titre de succession, sans qu'ils doivent nécessairement avoir la capacité requise pour recevoir à titre de donation testamentaire.

On dit en ce sens qu'ils recueillent les biens de l'ascendant comme *héritiers* et non comme *légataires*, le testament fait par l'ascendant n'étant pas ici un acte de disposition; et on se trouve ainsi conduit à décider que le partage testamentaire est possible, même lorsqu'un des enfants du disposant se trouve frappé d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle; car, si cette condamnation le rend incapable de recevoir à titre de donation entre vifs ou testamentaire, elle ne le rend pas incapable de recevoir à titre de succession.

Mais cette solution nous paraît bien difficile à admettre. Comment! on reconnaît que l'ascendant fait une donation testamentaire, on exige qu'il ait la capacité requise pour disposer à ce titre, et les enfants auxquels cette donation testamentaire s'adresse ne recevraient pas comme donataires! Il y aura donc un donateur sans donataire, un testateur sans légataire! Il nous paraît plus juridique de reconnaître aux enfants copartagés la qualité de légataires, et de décider en conséquence qu'ils doivent avoir la capacité requise pour recevoir à ce titre. On se trouve ainsi forcé d'admettre, il est vrai, qu'un père sera privé de la faculté d'opérer le partage de ses biens entre ses enfants, lorsque l'un d'eux sera condamné à une peine afflictive perpétuelle; car, d'une part, tout partage dont cet enfant se trouverait exclu serait nul (art. 1078), et d'autre part, il ne peut figurer ni dans un partage par acte entre vifs, ni dans un partage testamentaire. Mais, quelque regrettable que soit cette conséquence, nous préférons l'accepter que de fausser un principe pour y échapper; d'ailleurs, nous avons dit déjà qu'elle trouve un correctif pratique dans la disposition de l'art. 4 de la loi du 31 mai 1854.

Notre principe, que dans le partage testamentaire les copartagés recueillent leur part comme légataires et non comme héritiers, conduit aussi à cette conséquence: que le partage testamentaire ne produit ses effets qu'autant qu'il est accepté par tous les copartagés, car les enfants qui ne l'accepteraient pas se trouveraient n'avoir point de part. — On se récrie. Le refus d'un seul enfant va donc faire tomber le partage fait par l'ascendant! C'est rendre illusoire le droit que la loi lui accorde d'effectuer un partage testamentaire. M. Laurent répond fort bien qu'on se fait une très fausse idée du partage d'ascendant, quand on le considère comme un droit pour celui-ci; c'est bien plutôt une sorte de magistrature domestique, que la loi lui confie pour prévenir les rivalités auxquelles le partage ordinaire de sa succession pourrait donner naissance, *ut a fraterno certamine eos præservent*. Mais, pour que ce but puisse être atteint, il faut que le partage fait par l'ascendant soit volontairement accepté par les copartagés; autrement, loin d'assurer entre eux le règne de la paix, il serait souvent la source d'une déclaration de guerre.

Les règles de forme. Le partage testamentaire pourra donc être fait dans l'une des trois formes prescrites par l'art. 969 : la forme olographe, la forme authentique ou la forme mystique.

On sait que l'art. 968 prohibe les testaments conjonctifs. Un père et une mère ne pourraient donc pas faire entre leurs enfants communs un partage testamentaire par un seul et même acte. Il est vrai que l'art. 77 de l'ordonnance de 1735, auquel notre législateur a emprunté le principe de la prohibition des testaments conjonctifs, y formulait une exception pour le cas qui nous occupe; mais précisément notre législateur, en ne reproduisant que le principe, a très nettement manifesté la volonté de rejeter l'exception.

718. Observation. — Les ascendants, qui font entre leurs descendants le partage de leurs biens soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, ne sont pas privés pour cela du droit de faire au profit d'un ou de plusieurs des copartagés des libéralités préciputaires dans les limites de la quotité disponible. Ces libéralités peuvent être contenues dans le même acte que le partage; mais elles ne sont pas liées pour cela au sort du partage lui-même. La plupart du temps, elles devront être considérées comme en étant indépendantes, de sorte qu'il y aurait lieu de les maintenir alors même que l'acte serait annulé en tant que partage, par exemple pour cause de lésion de plus du quart.

III. *A quels biens s'applique le partage d'ascendant.*

719. Le partage d'ascendant, ayant pour but de suppléer au partage que les descendants auraient à faire entre eux après la mort de leur ascendant, et de tarir dans leur source les contestations que ce partage est susceptible de provoquer, peut s'appliquer en principe à tous les biens que doit comprendre la succession future de l'ascendant.

De là il résulte notamment qu'un ascendant peut comprendre dans le partage qu'il fait entre ses descendants, non seulement les biens qui lui appartiennent actuellement et ceux qui lui appartiendront lors de son décès, mais aussi ceux qu'il a donnés en avancement d'hoirie à un ou plusieurs de ses descendants. Quoique ces biens aient cessé de lui appartenir, ils n'en font pas moins partie de la masse partageable, puisque le rapport en est dû à la masse (art. 843). Il paraît incontestable que l'ascendant aurait le droit de les imputer sur la part du donataire, et nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à ce qu'il les attribuât à un autre cohéritier, dans le cas au moins où le donataire pourrait être tenu d'en effectuer le rapport en nature. Au contraire, l'ascendant ne pourrait pas comprendre dans le partage les biens qu'il a donnés par préciput et hors part à un de ses successibles ; car ils ne font pas partie de la masse partageable.

D'ailleurs le partage peut comprendre, soit la totalité des biens, soit une partie seulement, sauf à l'ascendant qui a fait un premier partage partiel, à comprendre le surplus de ses biens dans un ou plusieurs partages supplémentaires. Lorsqu'il y a ainsi plusieurs partages successifs, les uns peuvent être dans la forme entre vifs, les autres dans la forme testamentaire.

Qu'arrivera-t-il, si tous les biens laissés par l'ascendant lors de son décès n'ont pas été compris dans le partage ou dans les partages par lui faits? L'art. 1077 répond : « *Si tous les biens que l'ascendant laissera » au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces » biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à » la loi* ».

Il y a lieu d'appliquer le principe consacré par cet article au cas où un père, ayant fait par acte testamentaire le partage de ses biens entre ses enfants, l'un des copartagés est mort sans postérité avant le testateur, auquel cas le legs fait à son profit devient caduc.

Que décider si l'enfant prédécédé laisse des descendants? Nous croyons que les descendants doivent prendre la part attribuée à leur auteur. Mais à quel titre? La cour de Riom a jugé par arrêt en date du 7 mars 1885 (Sir., 87. 2. 153) que c'est à

titre de *représentation*. Cette solution peut satisfaire ceux qui pensent que les copartagés recueillent les biens qui leur ont été assignés par le testament de leur ascendant, *à titre de succession*, car la représentation est admise en matière de succession. Mais elle ne peut être acceptée par ceux qui pensent avec nous que les copartagés sont des donataires et non des héritiers (*supra* n. 717) : car si la représentation est admise en matière de succession, elle ne l'est pas en matière de donation. Nous aimons mieux dire que le testament de l'ascendant doit être considéré comme contenant une substitution vulgaire tacite au profit des descendants des enfants prédécédés. C'est en vertu de cette substitution qu'ils recueillent la part attribuée à leur père.

* **720.** Toutefois le principe, que le partage d'ascendant peut comprendre tous les biens que les descendants auraient à partager à la mort de leur ascendant, est soumis aux deux limitations suivantes :

a. L'ascendant ne peut pas comprendre dans le partage ceux de ses biens dont il n'a pas la disposition. Ainsi une femme mariée sous le régime de la communauté ne pourrait pas, tant que dure la communauté, comprendre les biens qui en dépendent dans un partage entre vifs qu'elle ferait entre ses enfants avec l'autorisation de la justice au refus de son mari; car elle n'a aucun droit de disposition sur ces biens, quoiqu'elle en soit copropriétaire.

Non seulement l'ascendant doit avoir le droit de disposer des biens qu'il partage, mais il doit de plus avoir le droit d'en disposer en la forme qu'il a choisie pour opérer le partage. Ainsi une femme mariée sous le régime dotal peut bien opérer par acte testamentaire le partage de ses biens dotaux entre ses enfants, parce qu'elle a le droit d'en disposer par testament; mais elle ne pourrait pas, en principe, et sauf l'exception résultant des art. 1555 et 1556, en opérer le partage par donation entre vifs, car elle n'a pas le droit d'en disposer à ce titre (arg. art. 1554).

b. Le partage d'ascendant *par acte entre vifs* ne peut comprendre que les biens *présents* du disposant ; c'est le droit commun en matière de donation entre vifs (art. 943), et l'art. 1076 al. 2 le déclare applicable ici. Au contraire, le partage testamentaire peut comprendre même les biens à venir du disposant (arg. *a contrario* art. 1076 *in fine*) . L'ascendant peut donc, dans un semblable partage, faire ce qu'un de nos anciens, Bannelier, appelait des lots *d'espérance*, c'est-à-dire des lots composés de biens qu'il espère acquérir, par exemple à titre de succession.

Que décider, si, dans un partage par acte entre vifs, l'ascendant a compris à la fois des biens présents et des biens à venir ? Le partage sera-t-il nul à l'égard des biens à venir seulement ? ou le sera-t-il même pour les biens présents, par conséquent pour le tout ? Une donation ordinaire ne serait nulle que pour les biens à venir (art. 943). On a prétendu que cette règle ne saurait s'appliquer dans notre hypothèse. Un partage, dit-on, est un acte indivisible : toutes ses dispositions se tiennent, elles sont solidaires les unes des autres, et par conséquent la nullité de quelques-unes doit entraîner la nullité de l'acte tout entier. Aussi est-il remarquable que l'art. 1076 ne dit pas, comme l'art. 943, que le partage qui comprend des biens à venir « sera nul à cet égard », mais bien : « Les partages faits par actes entre-vifs » ne pourront avoir pour objet que les biens présents »; disposition qui ne serait qu'une répétition inutile de l'art. 943, si on ne l'entendait pas en ce sens que le partage tout entier est nul quand il comprend des biens à venir. — Il y a bien des dispositions dans le code civil qui sont inutiles, et celle-là nous paraît être du nombre. Après tout, l'art. 1076 *in fine* ne s'explique pas sur la question de nullité; il faut donc appliquer le droit commun ; or il est contenu dans l'art. 943. Nous ferons remarquer d'ailleurs que le partage ne serait certainement pas nul, si l'ascendant y avait compris par erreur un bien appartenant à autrui ; seulement le descendant, dans le lot duquel ce bien aurait été mis, aurait l'action en garantie contre ses cohé-

ritiers. Or la situation n'est-elle pas exactement la même, lorsque l'ascendant a compris dans le partage des biens à venir ? Les biens à venir dont il a disposé ne sont-ils pas des biens appartenant à autrui au moment où il dispose ? Inutilement objecterait-on que la donation, étant nulle quant aux biens à venir, ne peut pas engendrer l'obligation de garantie. Nous répondrions que ce n'est pas la donation qui engendre la garantie, mais le partage; les copartagés contractent réciproquement l'obligation de garantie les uns envers les autres en acceptant le partage fait par acte entre vifs. V. cependant Toulouse, 31 décembre 1883, Sir., 84. 2. 113.

IV. *Quelles personnes doivent être comprises dans le partage d'ascendant.*

721. Aux termes de l'art. 1078 : « *Si le partage n'est pas fait entre » tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de » ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être » provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou des- » cendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre » qui le partage aurait été fait.*

Le partage d'ascendant doit donc nécessairement comprendre tous les descendants qui se trouvent appelés à la succession de l'ascendant lors de son décès, par conséquent non seulement les enfants légitimes alors existants, mais aussi les descendants de ceux prédécédés, et les enfants adoptifs.

Et toutefois, quand la loi dit que le partage doit comprendre « tous » les enfants *qui existeront à l'époque du décès* », elle entend désigner très certainement tous ceux qui existeront *en qualité d'héritiers*. Par conséquent le partage ne serait pas nul, si l'enfant omis renoncait à la succession ou en était écarté comme indigne; car dans l'un et l'autre cas il est censé n'avoir jamais été héritier (arg. art. 729 et 785), et doit par conséquent être considéré comme n'existant pas quant à la succession.

722. L'omission d'un descendant, qui aurait dû être compris dans le partage, fût-ce d'un enfant posthume, a pour résultat de le rendre *nul pour le tout*. Ces expressions, que la loi n'emploie pas ordinairement, signifient sans doute que le partage est alors *nul de nullité absolue* ou mieux *inexistant :* ce qui se conçoit à merveille; car il est de l'essence du partage qu'il soit fait entre tous les ayant droit, et il manque par conséquent d'une condition nécessaire à son existence lorsque l'un d'eux a été omis.

Cette induction est fortifiée par la partie finale de l'art. 1078, déjà citée, où on lit : « *Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme » légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune » part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait* ». Ainsi nous voyons : d'une part, qu'un nouveau partage peut être demandé sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la nullité de l'ancien (la

loi ne parle pas d'une action en nullité à intenter contre le partage), et d'autre part, que le nouveau partage peut être demandé par tous les intéressés, même par ceux qui ont été compris dans l'ancien. Ce sont bien là les caractères auxquels on reconnaît l'acte inexistant. Aussi faut-il décider qu'un semblable partage ne serait pas susceptible de confirmation ou ratification soit expresse, soit tacite : on ne confirme pas le néant. Cpr. t. I, n. 495, et Besançon, 23 mars 1880, Sir., 81, 2. 92.

V. *Des effets du partage d'ascendant.*

723. Les effets du partage d'ascendant doivent être envisagés successivement : dans les rapports de l'ascendant et des descendants copartagés; dans les rapports des descendants entre eux. Sous le premier point de vue, comme on va le voir, le partage d'ascendant est un acte de *disposition,* sous le deuxième, un acte de *distribution.*

A. *Effets du partage entre l'ascendant et les descendants.*

723 *bis.* Ces effets varient suivant que le partage est fait par acte entre vifs ou par acte testamentaire.

a. *Partage par acte entre vifs.* Il produit, entre l'ascendant qui le propose et les descendants qui l'acceptent, les effets d'une donation ordinaire. En disant que ce partage est soumis aux règles des donations entre vifs, l'art. 1076 dit implicitement qu'il est une donation et qu'il en produit les effets. Le partage par acte entre vifs aura donc pour résultat de dépouiller actuellement et irrévocablement l'ascendant et de transmettre à chacun des copartagés la propriété incommutable des biens compris dans son lot. D'où il suit que, si l'un des copartagés vient à mourir avant l'ascendant, il transmettra les biens que le partage lui avait attribués, comme et avec le reste de son patrimoine, à ses héritiers ou autres successeurs universels, sauf le droit de retour égal de l'ascendant donateur, si les conditions requises par l'art. 747 se trouvent réunies.

Les descendants sont-ils tenus des dettes de l'ascendant qui a opéré entre eux le partage de ses biens par acte entre vifs ? A cet égard, on peut se reporter à ce que nous avons dit au n. 474 sur la question plus générale de savoir si le donataire est tenu des dettes du donateur.

Le partage d'ascendant fait par acte entre vifs est révocable pour cause d'inexécution des charges et pour cause d'ingratitude (arg. art. 954 et 955), mais non pour survenance d'enfant; car cette cause de révocation n'est pas applicable au donateur qui avait des descendants lors de la donation (art. 960).

b. *Partage testamentaire.* Entre l'ascendant et les descendants, le partage testamentaire produit les effets d'un legs. D'où il suit : 1° que les copartagés ne deviennent propriétaires des biens compris dans leur lot qu'à dater du jour de la mort de l'ascendant ; 2° que celui-ci conserve le droit de révoquer le partage *ad nutum ;* 3° que le prédécès

d'un des copartagés rend caduque la disposition faite à son profit; par suite il y aurait lieu à un supplément de partage pour les biens qui lui ont été attribués; à moins cependant que l'enfant prédécédé n'ait laissé des descendants, auquel cas ceux-ci viendraient recueillir la part qui lui a été attribuée (arg. art. 1078).

D'ailleurs le partage testamentaire ne détruit pas chez les descendants, entre lesquels il est opéré, la qualité d'héritiers *ab intestat,* ni la saisine héréditaire. D'où la conséquence qu'ils sont tenus des dettes de l'ascendant, et pourraient même être forcés de les payer *ultra vires* s'ils acceptaient purement et simplement sa succession.

B. *Effets du partage d'ascendant entre les copartagés.*

723 *ter.* Dans les rapports des copartagés entre eux, le partage d'ascendant, qu'il soit fait par acte entre vifs ou par testament, est un acte de *distribution;* il produit donc les effets d'un partage ordinaire. Notamment il engendre la garantie en cas d'éviction (art. 884), et donne naissance au privilège de l'art. 2103-3°.

VI. *Des causes de rescision du partage d'ascendant.*

724. Aux termes de l'art. 1079 : « *Le partage fait par l'ascendant* » *pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra* » *l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions* » *faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus* » *grand que la loi ne le permet* ».

Il y a donc deux causes de rescision du partage d'ascendant : la lésion de plus du quart, et l'atteinte portée à la réserve de l'un des copartagés, sans parler des causes de nullité qui pourraient atteindre l'acte en tant que donation ou testament. Quant à l'omission d'un des descendants qui auraient dû être compris dans le partage, nous savons qu'elle rend le partage inexistant, et non pas seulement nul.

1. *Rescision pour cause de lésion.*

725. Le partage d'ascendant, comme tout autre, est rescindable pour cause de lésion de plus du quart.

La lésion ne s'apprécie que par rapport aux biens compris dans le partage, et non par rapport à ceux qui sont restés en dehors de cette opération, tels que les biens dont l'ascendant a disposé au profit d'étrangers, ou ceux qu'il a donnés par préciput et hors part à l'un de ses successibles. En d'autres termes, pour qu'un des descendants copartagés ait le droit d'attaquer le partage pour cause de lésion, il faut et il suffit que la part qui lui a été attribuée soit inférieure de plus d'un quart à celle qu'il aurait dû obtenir dans une distribution *des biens partagés,* faite sur le pied de la plus stricte égalité. L'action en

rescision pour cause de lésion est la sanction du principe d'égalité entre les copartageants, et il est clair qu'il ne peut être question d'observer cette égalité que relativement aux biens compris dans le partage.

De là résultent les conséquences suivantes :

1° Cette circonstance, que la part attribuée à l'un des copartagés est égale ou même supérieure à sa réserve, ne fera pas obstacle à ce qu'il intente l'action en rescision, s'il a été lésé de plus du quart dans le partage. Ainsi un père a deux enfants et une fortune égale à 24,000 fr. : la réserve de chaque enfant est donc de 8,000 fr., et la quotité disponible, de pareille somme (art. 913); dans le partage qu'il fait de tous ses biens entre ses deux enfants, le père attribue à l'un un lot valant 15,500 fr., et à l'autre un lot valant 8,500 fr. Ce dernier, bien qu'il ait reçu 500 fr. de plus que sa réserve, pourra cependant demander la rescision du partage, parce qu'il est lésé de plus du quart. En effet, dans un partage où l'égalité aurait été observée, il aurait dû obtenir 12,000 fr.; or il n'en a obtenu que 8,500 ; il est donc lésé de 3,500 fr., par conséquent de plus du quart;

2° Un enfant ne pourra pas toujours demander la rescision, pour cause de lésion, d'un partage dans lequel il a reçu un lot d'une valeur inférieure au montant de sa réserve. Ainsi, en reprenant l'espèce qui précède, supposons que le père ait disposé au profit d'un étranger de sa quotité disponible qui est égale à 8,000 fr. ; il partage le surplus, soit 16,000 fr., entre ses deux enfants; le lot qu'il attribue à l'un vaut 9,000 fr., et par conséquent celui qui revient à l'autre, 7,000 fr. seulement. Bien que ce dernier ait reçu en définitive 1,000 fr. de moins que sa réserve, il ne pourra pas faire rescinder le partage pour cause de lésion, parce qu'il n'est pas lésé de plus du quart par rapport aux biens compris dans le partage. En effet, ces biens valant 16,000 fr., une distribution rigoureusement égale aurait dû donner 8,000 fr. à chaque enfant, et, pour être lésé de plus du quart, il faudrait qu'un d'eux eût obtenu moins de 6,000 fr. ;

3° L'action en rescision pour cause de lésion pourra quelquefois être intentée par un enfant qui se trouve avoir en définitive plus que la part qui aurait dû lui revenir dans une distribution rigoureusement égale de tous les biens de son ascendant. Ainsi, en revenant toujours à notre espèce, le père, après avoir donné par préciput et hors part sa quotité disponible, égale à 8,000 fr., à l'un de ses enfants, opère entre eux le partage du surplus de ses biens, ayant une valeur de 16,000 fr.; le lot attribué à l'enfant préciputaire se trouve ne valoir que 5,000 fr., tandis que le lot de l'autre en vaut 11,000. L'enfant préciputaire pourra demander la rescision du partage, car il est lésé de plus du quart. Et cependant, en réunissant la valeur du lot que le partage lui a attribué à la valeur des biens qui lui ont été donnés par préciput, on arrive au chiffre de 13,000 fr. (8,000 + 5,000), somme supérieure de 1,000 fr. à la moitié de tous les biens composant le patrimoine du père.

726. Si un ascendant a fait plusieurs partages partiels, on ne doit pas les isoler les uns des autres pour apprécier si l'un des cohéritiers a été lésé de plus du quart ; car il est possible que la lésion qu'il a subie dans l'un de ces partages ait été réparée dans les autres. Il faudra donc apprécier la lésion sur l'ensemble des opérations.

727. A quelle époque faut-il estimer les biens compris dans le partage d'ascendant, pour juger s'il y a lésion de plus du quart? Nous croyons qu'il faut appliquer ici purement et simplement l'art. 890 : ce qui conduit à décider que, si le partage est fait *par acte testamentaire,* les biens qui en font l'objet devront être estimés

d'après leur état et leur valeur *au moment du décès de l'ascendant;* tandis qu'il faudrait les estimer au contraire d'après leur état et leur valeur *au moment de la donation,* s'il s'agit d'un partage *par acte entre vifs.* Il y a toutefois de graves dissidences sur ce dernier point.

728. A quelle époque s'ouvre l'action en rescision pour cause de lésion. — Lorsque le partage est fait par acte testamentaire, il est sans difficulté que l'action en rescision ne peut s'ouvrir que lors du décès de l'ascendant; car jusqu'à cette époque le partage ne constitue qu'un projet, que l'ascendant peut modifier ou abandonner a son gré. En est-il de même, lorsque le partage est fait par acte entre vifs? La jurisprudence a varié sur ce point. La cour de cassation a commencé par juger que l'action en rescision, résultant d'un partage fait par acte entre vifs s'ouvre immédiatement; elle juge maintenant et depuis longues années que cette action ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant. Son dernier arrêt sur la question est du 23 mars 1887, Sir., 87. 1. 152. La cour assimile donc, à ce point de vue, l'action en rescision pour cause de lésion, naissant d'un partage par acte entre vifs, à celle qui naît d'un partage testamentaire. Mais il nous paraît fort douteux qu'en réformant sur ce point sa jurisprudence, la cour de cassation l'ait améliorée. En principe, l'action en rescision d'un contrat s'ouvre aussitôt que le contrat est devenu parfait (arg. art. 1304); or le partage par acte entre vifs le devient immédiatement; donc l'action en rescision qui menace son existence doit s'ouvrir de suite. Il faudrait une disposition législative spéciale pour en suspendre l'ouverture jusqu'au décès de l'ascendant. Nous convenons volontiers qu'il pouvait y avoir de bons motifs pour édicter cette disposition, mais le législateur ne l'a pas fait; nous restons donc sous l'empire de la règle. — La doctrine se prononce en général dans le même sens que la jurisprudence.

729. Durée de l'action en rescision pour cause de lésion. — Il faut distinguer si le partage a été fait par acte entre vifs ou par testament.

a. Dans le premier cas, l'action en rescision se prescrit par dix ans (arg. art. 1304). Si l'on admet, ainsi que nous l'avons fait, que l'action en rescision s'ouvre immédiatement, on doit décider que le délai de dix ans court à dater du jour du partage. Si l'on décide au contraire avec la jurisprudence que cette action ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant, il faut nécessairement fixer à cette époque le point de départ du délai de dix ans, après l'expiration duquel il y a ratification tacite; la ratification expresse ne serait possible qu'à dater de la même époque. En ce sens, Cass., 21 juin 1882, Sir., 84. 1. 259. Ce même arrêt décide que, dans le cas où un père et une mère ont fait le partage de leurs biens par un seul et même acte, le délai de dix ans ne court qu'à compter du décès du survivant.

b. Dans le deuxième cas, c'est-à-dire si le partage a été fait par acte testamentaire, l'action en rescision pour cause de lésion ne se prescrira que par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262). On ne peut pas songer à appliquer ici la prescription de dix ans; car cette prescription spéciale n'est établie par l'art. 1304 qu'en vue des *contrats,* et ne peut par conséquent s'appliquer au testament qui est un *acte.*

2. *Rescision pour atteinte à la réserve.*

730. Nous transcrivons de nouveau la seconde partie de l'art. 1079, qui organise cette cause de rescision toute spéciale au partage d'ascendant : « ... *il* [le partage] *pourra l'être aussi* [attaqué] *dans le* » *cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput,* » *que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne* » *le permet* ». Il s'agit du cas où un ascendant, après avoir donné

toute sa quotité disponible par préciput et hors part à l'un de ses enfants, l'avantage encore dans le partage des biens réservés, en lui attribuant une part plus forte qu'à ses cohéritiers, de sorte que cet enfant se trouve avoir en définitive plus que sa part de réserve réunie à la quotité disponible. C'est là l'*avantage plus grand que la loi ne le permet,* dont parle notre texte et sur le fondement duquel il permet d'attaquer le partage. Nous ne pouvons mieux faire, pour éclaircir ce point, que de reproduire l'exemple qui a été proposé par le rapporteur du tribunat. Un père a 60,000 fr. de biens et deux enfants. Il donne à l'un par préciput et hors part le tiers disponible, 20,000 fr.; puis il partage entre eux deux le surplus valant 40,000 fr. et qui représente leur réserve; le lot qu'il attribue dans ce partage à l'enfant préciputaire vaut 24,000 fr., tandis que celui qu'il donne à l'autre enfant ne vaut que 16,000 fr. Ce dernier n'est pas lésé de plus du quart; il est lésé d'un cinquième seulement, puisqu'il obtient 16,000 fr. au lieu de 20,000; et cependant il pourra attaquer le partage, parce que son frère a obtenu un *avantage plus grand que la loi ne le permet.* Lorsqu'un père, après avoir donné toute sa quotité disponible à l'un de ses enfants, l'avantage encore dans le partage des biens représentant la réserve, tout porte à croire que ce second avantage est, comme le premier, le résultat d'un calcul de la part du père, et non d'une erreur dans l'appréciation de la valeur des biens. Aussi la loi, qui croit découvrir ici la trace d'une partialité évidente de la part de l'ascendant, permet-elle à l'enfant lésé d'attaquer le partage, quelque minime que soit la lésion. Il ne faut pas que la latitude accordée à l'erreur, devienne un moyen d'éluder la règle qui défend d'avantager un héritier au delà des limites de la quotité disponible.

731. Quel est le sort du partage dans lequel l'un des copartagés a obtenu un avantage plus grand que la loi ne le permet? L'art. 1079 dit qu'il peut être *attaqué* par les autres copartagés. Attaqué par quelle action? Si l'on rapproche cette disposition de celle qui précède, on ne peut guère douter que ce ne soit par l'action en rescision pour cause de lésion. En effet la loi dit d'abord : « Le partage fait par » l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart »; c'est bien une action en rescision qu'elle accorde dans ce cas; nul n'en doute. Quand elle ajoute ensuite : « il pourra l'être aussi... », il parait bien certain que l'action qu'elle va accorder dans le second cas est la même que celle qu'elle vient d'accorder dans le premier, donc une action en rescision pour cause de lésion.

Cette doctrine conduit aux déductions suivantes :

1° L'action accordée par la seconde partie de l'art. 1079, de même que celle accordée par la première, doit être dirigée contre tous les copartagés, et non pas seulement contre celui qui a obtenu l'avantage excédant la limite légale;

2° Cette action est prescriptible par dix ans, au moins quand le partage a été fait par acte entre vifs;

3° Si l'action réussit, le partage tombera. L'indivision sera donc rétablie entre les copartagés, et ils devront procéder à un nouveau partage, qui, bien entendu, ne ortera que sur les biens compris dans le partage rescindé, par conséquent sur

les biens réservés seulement et non sur ceux donnés par préciput à l'enfant avantagé.

4° Le copartagé, qui a obtenu un avantage plus grand que la loi ne le permet, peut arrêter le cours de l'action en rescision, en payant au demandeur le complément de sa réserve; car en définitive il s'agit d'une action en rescision pour lésion, et la cause de l'action disparaît du moment que le préjudice résultant de la lésion est réparé. Arg. art. 891. Avec ce tempérament, l'opinion qui vient d'être développée, se rapproche beaucoup de l'opinion adverse, adoptée par la majorité des auteurs, et d'après laquelle les cohéritiers lésés n'auraient contre celui qui a obtenu un avantage excessif qu'une action en complément de leur réserve. Nous ferons remarquer d'ailleurs que cette dernière solution peut conduire à ce résultat étrange, de ne laisser en définitive à l'héritier qui a obtenu un avantage plus grand que la loi ne le permet, qu'un lot inférieur à celui de tous les autres, dans le partage des biens réservés. Que l'on suppose trois enfants et un patrimoine de 120,000 fr.; le père, après avoir donné par préciput et hors part sa quotité disponible, 30,000 fr., à *Primus,* l'un de ses enfants, partage les 90,000 fr. de biens représentant la réserve de la manière suivante : 33,000 fr. à *Primus,* donataire par préciput de la quotité disponible; 33,000 fr. également à *Secundus;* 24,000 fr. à *Tertius.* Ce dernier, qui n'est pas lésé de plus du quart, ne pourrait pas, dans l'opinion que nous combattons, demander la rescision du partage, mais seulement le complément de sa réserve. A qui? Sans doute à *Primus* seulement, car celui-ci est le seul qui ait obtenu un avantage excessif. *Primus* devrait donc payer les 6,000 fr. nécessaires pour parfaire la réserve de *Tertius,* et il ne lui resterait plus que 27,000 fr.; de sorte qu'il serait en définitive plus maltraité que tous les autres dans le partage des biens réservés.

732. L'action accordée par l'art. 1079 2e partie, ayant son fondement dans une atteinte portée à la réserve, ne peut s'ouvrir qu'au décès de l'ascendant; car c'est seulement à cette époque qu'il sera possible de déterminer le montant de la réserve des héritiers et de savoir s'il y a été porté atteinte.

Cette solution, qui est sans difficulté pour le partage testamentaire, doit être admise aussi pour le partage fait par acte entre vifs, et elle s'impose, même à ceux qui pensent que l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart prend naissance du vivant de l'ascendant.

733. Quelle que soit la nature de l'action ouverte par la disposition finale de l'art. 1079, que ce soit une action en rescision du partage ou simplement une action en complément de la réserve, elle ne saurait être accordée en dehors du cas précis prévu par la loi : ce serait étendre au delà de ses termes une disposition qui déroge au droit commun. L'héritier, qui, sans être lésé de plus du quart, a cependant obtenu moins que sa réserve dans le partage fait par son ascendant, n'aura donc aucune action pour obtenir la réparation de ce préjudice, si la quotité disponible a été donnée ou léguée à un étranger, ou même si l'ascendant en a disposé par préciput et hors part au profit d'un de ses descendants autre que celui qu'il a avantagé dans le partage.

734. Sanction des dispositions qui précèdent. — Aux termes de l'art. 1080 : « *L'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article » précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire » l'avance des frais de l'estimation; et il les supportera en définitif, ainsi » que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée* ».

= *Des frais de l'estimation.* Il s'agit des frais faits pour estimer les biens en vue d'établir la lésion.

Cette disposition a principalement pour but de détourner les enfants de la pensée d'attaquer témérairement le partage d'ascendant. Elle contient une dérogation à l'art. 131 du code de procédure civile, dont la disposition aurait permis au juge, dans le cas dont il s'agit et à raison du lien de parenté existant entre les plaideurs, de compenser les dépens entre le demandeur, qui a follement attaqué le partage, et les défendeurs, qui ont résisté à sa demande : le demandeur, débouté de sa prétention, devra nécessairement être condamné à tous les frais ; on lui applique dans toute sa rigueur la règle de l'art. 130 C. pr., sans lui permettre de bénéficier du tempérament autorisé par l'art. 131.

L'exception établie par notre article n'est formulée qu'en vue du cas où le demandeur en rescision succombe dans sa prétention. Le droit commun reprendra donc son empire s'il triomphe, et le juge pourra dans ce cas opérer la compensation des dépens, conformément à l'art. 131 du code de procédure civile.

D'un autre côté, notre article, ne parlant que de l'enfant qui attaque le partage « pour une des causes exprimées en l'article précédent », ne serait pas applicable à celui qui l'attaquerait pour tout autre motif.

735. Telles sont les causes de nullité du partage d'ascendant, mentionnées dans notre chapitre : lésion de plus du quart; atteinte portée à la réserve (art. 1079). En existe-t-il d'autres ? Une jurisprudence constante (1) approuvée par la majorité des auteurs décide que le partage d'ascendant est soumis à l'application des art. 826 et 832, qui exigent que chaque lot comprenne, « *s'il se peut,* la même quantité de » meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur ». Le partage d'ascendant pourrait donc être annulé pour inégale composition des lots, toutes les fois bien entendu que l'inégalité n'a pas une juste cause, ce qu'il appartient aux juges d'apprécier souverainement : la loi dit *s'il se peut.* « Les dispositions des art. 826 et 832, fondées sur le principe d'égalité à maintenir entre les copartageants, tiennent à l'essence même des partages, et s'appliquent par conséquent à ceux dont s'occupent les art. 1095 et suivants ». Voilà tout ce que disent MM. Aubry et Rau pour justifier cette solution. Mais elle soulève des objections d'une extrême gravité. Il est remarquable d'abord que notre chapitre ne fait aucune mention de la cause de nullité dont il s'agit. D'un autre côté, l'art. 832 n'établit pas une règle générale pour tous les partages, mais une règle exceptionnelle pour les partages judiciaires. Est-ce que l'ascendant fait un partage judiciaire ? Il est certain que l'art. 832 n'est pas applicable au partage d'*attribution,* c'est-à-dire au partage que les parties majeures et capables font *sans tirage au sort* et en *attribuant* à chaque copartageant un lot déterminé : ce qui permet de tenir compte des convenances réciproques des intéressés. Eh bien ! c'est un partage d'attribution que fait l'ascendant, et on le prive d'une faculté essentielle dans un semblable partage. Le partage d'ascendant est surtout usité à la campagne, c'est le partage des cultivateurs. Souvent il sera de l'intérêt bien entendu des enfants que le père donne la terre à ses fils et de l'argent à ses filles, ou même, s'il n'a que des terres, qu'il les donne en totalité à ses fils, à la charge par eux de payer une somme d'argent à leurs sœurs. Le

(1) Voyez notamment Cass., 25 février 1878, Sir., 81, 1. 73, Toulouse, 31 décembre 1883, Sir., 84. 2, 113, et Cass., 16 novembre 1885, Sir., 86. 1. 454. Ce dernier arrêt consacre la validité du partage que les père et mère font cumulativement, par donation entre vifs, de tous leurs biens confondus en une seule et même masse. Il décide en outre que la prescription de l'action en rescision fondée sur l'inobservation des art. 826 et 832 ne commence à courir qu'à compter du décès du survivant des père et mère. Enfin il résout une question intéressante, relativement à une prétendue cession de droits héréditaires qui avait en réalité pour but de dissimuler l'atteinte portée aux art. 826 et 832. Cpr. sur ce dernier point Cass., 16 juillet 1883, Sir., 85. 1. 419.

système que nous combattons rend ce mode de répartition impossible. La loi a voulu, c'est Bigot-Préameneu qui l'a dit, que les père et mère, qui mieux que personne connaissent la valeur, les avantages et les inconvénients des biens qu'ils délaissent, pussent « composer les lots en tenant compte des besoins et même des prédilections de leurs enfants », et on soumet les ascendants à une entrave qui rend impossible l'accomplissement de leur mission! Enfin le système de la jurisprudence conduit à un morcellement infini de la propriété foncière : ce qui, au point de vue de l'intérêt général, est on ne peut plus regrettable, la propriété foncière ne pouvant être exploitée d'une manière fructueuse qu'à la condition d'avoir une certaine étendue. Si la cause de nullité qui nous occupe existait dans la loi, il faudrait solliciter le législateur de l'en faire disparaître ; à plus forte raison ne doit-on pas l'y introduire, quand elle ne s'y trouve pas. Nous souhaiterions vivement que la cour de cassation fût appelée à statuer sur la question toutes chambres réunies.

* La clause pénale, insérée par un ascendant dans un partage qu'il fait entre ses descendants est nulle, en tant qu'elle aurait pour objet d'assurer l'efficacité d'une disposition portant atteinte à la réserve de l'un des copartagés. Elle est valable au contraire en tant qu'elle aurait seulement pour but d'assurer le maintien d'un partage fait en violation de l'art. 832. Cette différence vient de ce que les lois relatives à la réserve sont d'ordre public; les particuliers ne peuvent donc pas y porter atteinte par leurs conventions (arg. art. 6); tandis qu'ils peuvent au contraire déroger à une loi d'intérêt privé, comme l'art. 832. Cass., 26 juin 1882, Sir., 85. 1. 118.

735 *bis*. Effets de la rescision du partage. Le partage rescindé est considéré comme non avenu, quelle que soit la cause pour laquelle la rescision a été prononcée. L'indivision est donc rétablie entre les ayant droit, et il y a lieu de procéder à un nouveau partage dans lequel il faudra comprendre même ceux des copartagés qui avaient été précédemment déboutés d'une demande en rescision par eux formée. Cass., 6 août 1884, Sir., 85. 1. 369. Il faudra considérer le résultat du nouveau partage pour résoudre la question de savoir si les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par les cohéritiers antérieurement à la rescision doivent être maintenues. Cass., 26 juillet 1887, Sir., 87. 1. 377.

CHAPITRE VIII

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX, ET AUX ENFANTS A NAÎTRE DU MARIAGE

736. Notre législateur favorise le mariage, qui est l'une des bases fondamentales de l'ordre social; il devait favoriser par cela même les donations qui le facilitent et l'encouragent, et on s'explique ainsi tout naturellement qu'il les ait affranchies, en partie au moins, des entraves du droit commun; peut-être aurait-il dû les en affranchir tout à fait.

Les donations en faveur du mariage peuvent être faites, soit à l'un des futurs époux par l'autre, soit aux futurs époux ou à l'un d'eux par un tiers, parent ou non. Il n'est question que de ces dernières dans le chapitre VIII; les premières ont trouvé place dans le chapitre IX, où il est traité en même temps des donations que les époux peuvent se faire pendant le mariage et de la quotité disponible entre époux.

Pour jouir des immunités dont nous allons parler, il ne suffit pas qu'une donation soit faite *en faveur du mariage,* il faut en outre qu'elle soit faite *par le contrat de mariage* des futurs époux (arg. de la rubrique des chapitres VIII et IX et des art. 1082, 1084, 1091 et 1093, où la loi spécifie toujours qu'il s'agit de donations faites *par contrat de mariage*). Cette règle est ancienne dans notre droit; Dumoulin la formule en ces termes : « *Nec sufficit quod fuerint in favorem, sed quod in ipso contractu et sint pars pactorum dotalium* ». En exigeant que la donation fût revêtue de cette étiquette, on a peut-être voulu couper court à toute contestation sur le point de savoir si elle est ou non faite en faveur du mariage; le doute aurait été possible dans certains cas pour une donation faite en dehors du contrat.

Ainsi donc, pour qu'une donation participe aux faveurs que la loi établit ici, il faut : 1° qu'elle soit faite en faveur du mariage, c'est-à-dire au profit des futurs époux ou de l'un d'eux; 2° qu'elle soit faite par le contrat de mariage des futurs époux. Toute donation, faite en faveur du mariage mais en dehors du contrat, ou dans le contrat mais non en faveur du mariage, par exemple au profit d'un parent de l'un des futurs époux ou d'un étranger, demeurerait soumise aux règles du droit commun.

736 *bis.* Les donations, faites aux futurs époux dans leur contrat de mariage *par des tiers* (ce sont, nous l'avons dit, les seules dont s'occupe le chapitre VIII), peuvent être de trois sortes : 1° donation de biens présents (art. 1081); 2° donation de biens à venir ou institution contractuelle (art. 1082 et 1083); 3° donation de biens présents et à venir (art. 1084 et 1085).

Il y a des règles communes à ces diverses donations; d'autres qui sont particulières à chacune d'elles. Nous en traiterons dans deux paragraphes distincts.

§ I. *Règles communes aux diverses donations dont il est question dans le chapitre VIII.*

737. I. Aux termes de l'art. 1088 : « *Les donations faites par contrat » de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, sous pré- » texte de défaut d'acceptation* ». Ce texte ne signifie pas, comme on pourrait le croire à première vue, que les donations dont il s'agit sont dispensées d'acceptation. Comme tout autre contrat, la donation exige nécessairement pour sa perfection le consentement des deux parties contractantes; or le consentement du donataire consiste dans son acceptation; cette acceptation est donc nécessaire. Seulement (et c'est la faveur particulière qu'accorde ici l'art. 1087), elle n'est pas soumise aux formes solennelles prescrites par le droit commun (art. 932) : ainsi

elle pourrait avoir lieu tacitement, et par suite elle résulterait suffisamment de la présence du donataire à l'acte et de sa signature. En deux mots, les donations dont il s'agit sont dispensées, non de l'acceptation, mais seulement de la solennité de l'acceptation. Tel est le sens de l'art. 1087.

II. « *Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le* » *mariage ne s'ensuit pas* » (art. 1088). La loi considère avec raison la donation, faite en vue d'un mariage déterminé, comme tacitement subordonnée dans l'intention du donateur à la conclusion de ce mariage. Si donc cette condition vient à défaillir, la donation tombera, *deficiente conditione deficit donatio.*

Il ne faudrait pas conclure de là que, jusqu'à la célébration du mariage, la donation ne confère aucun droit au futur époux ou aux futurs époux donataires. Elle fait naître à leur profit un droit conditionnel, que le donateur ne pourrait pas leur ravir en révoquant la donation; car il s'est lié sous la condition *si nuptiæ sequantur.* Il dépend donc des futurs époux de rendre l'engagement du donateur définitif, en contractant mariage. Peu importe d'ailleurs l'époque à laquelle le mariage sera célébré, fût-ce après la mort du donateur, à moins cependant qu'un délai fatal n'ait été fixé par le contrat (arg. art. 1176).

III. L'intention de celui qui fait une donation en faveur d'un mariage est de faciliter ce mariage et de fonder l'avenir de la famille dont il sera la source. Ce but ne pouvant plus être atteint lorsque l'époux donataire et les enfants issus de son mariage meurent avant le donateur, la loi décide que la donation demeurera sans effet. Telle a probablement été la volonté du donateur : la loi du moins l'interprète en ce sens. Et toutefois cette règle ne s'applique pas à la donation de biens présents, faite dans les termes du droit commun : celui qui fait une semblable donation se dépouille actuellement et irrévocablement; s'il entend reprendre le bien donné, au cas où il survivrait à l'époux donataire et à sa postérité, il faut qu'il stipule le retour conventionnel; la loi ne sous-entend plus ici cette stipulation. Notre règle ne s'applique donc qu'aux donations de biens à venir ou de biens présents et à venir. C'est ce qui résulte de l'art. 1089, qui vise toutes les donations faites en faveur du mariage, excepté celle de biens présents : « *Les donations* » *faites à l'un des époux, dans les termes des articles* 1082, 1084 et 1086 » *ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux dona-* » *taire et à sa postérité* ».

— *Et à sa postérité.* Entendez la postérité *issue du mariage en faveur duquel la donation a été faite;* car c'est à cette postérité seulement que le donateur a songé, (arg. art. 1082 et 1086 où la loi parle des enfants *à naître du mariage*). Il suffira donc pour que la donation soit caduque, que le donateur survive à l'époux donataire et à ses descendants *issus dudit mariage.* La présence d'un enfant du donataire, issu d'un autre mariage, n'empêcherait pas la caducité de se produire.

IV. « *Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage,*

» *seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à* » *la portion dont la loi lui permettait de disposer* » (art. 1090).

= *Réductibles.* Ajoutez : et *rapportables;* à moins qu'elles n'aient été faites par préciput et hors part.

V. Les donations, faites en faveur du mariage par des tiers, sont révocables pour cause d'inexécution des charges (arg. art. 953 et 954) et pour cause de survenance d'enfant (art. 960), mais non pour cause d'ingratitude (art. 959).

VI. La règle *Donner et retenir ne vaut,* dont le législateur indique les conséquences dans les art. 943 à 946, est sans application aux donations qui nous occupent. L'art. 947 nous l'a déjà annoncé en ces termes : « Les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux » donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent » titre » ; et les articles de notre section mettent ce principe en action. En effet nous voyons, d'une part, que les art. 1082 à 1085 autorisent ici les donations de biens à venir, par exception à la règle formulée dans l'art. 943, et d'autre part, que l'art. 1086 lève les entraves résultant des art. 944, 945 et 946.

738. L'art. 1086, que nous étudions ici parce que sa disposition est applicable à toutes les donations faites par le contrat en faveur du mariage, est ainsi conçu : « *La donation par contrat de mariage en* » *faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, pourra encore* » *être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et* » *charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont* » *l'exécution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la dona-* » *tion soit faite : le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il* » *n'aime mieux renoncer à la donation ; et en cas que le donateur, par* » *contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet* » *compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à* » *prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en* » *avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartien-* » *dront au donataire ou à ses héritiers* ».

= *A condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur.* Stipulation que prohibe l'art. 945, et qui permettra ici au donateur d'anéantir complètement le bénéfice de la donation en contractant de nouvelles dettes. Aussi la loi autorise-t-elle le donataire, dans ce cas comme dans le suivant, à renoncer à la donation, s'il estime que le bénéfice en est absorbé par les charges.

= *Ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté.* Les conditions dont la loi autorise ici l'insertion dans la donation, sont celles que prohibe en principe l'art. 944 ; par conséquent il ne s'agit pas de la condition purement potestative, de la condition

si voluero, mais bien de la condition potestative ordinaire. Cpr. *supra* n. 487.

Enfin la disposition finale de notre article autorise le donateur à faire à son profit la réserve du droit de disposer d'un effet compris dans la donation, sans que cette réserve rende la donation nulle quant à l'effet réservé, comme le décide l'art. 946. Ainsi le donateur peut dire : « Je donne mon domaine de N., et je me réserve le droit de disposer de la futaie comprise dans ce domaine ». Si le donateur n'a pas disposé de la futaie, elle reviendra lors de son décès au donataire, tandis que, s'il s'agissait d'une donation ordinaire, la disposition serait nulle quant à la futaie, alors même que le donateur n'en aurait pas disposé.

Autre serait le cas où l'acte contenant la donation porterait : « Je donne mon domaine de N., et *je me réserve* la futaie ». Ici la futaie serait exclue de la donation, car le donateur ne s'est pas seulement réservé le droit d'en disposer, il s'est réservé la futaie, et par conséquent ne l'a pas comprise dans la donation.

* La disposition finale de l'art. 1086 doit, suivant l'opinion générale, subir une rectification. La loi dit que, si le donateur n'a pas usé du droit qu'il s'était réservé de disposer d'un effet compris dans la donation, l'effet appartiendra « au donataire *ou à* » *ses héritiers* ». Il faut lire : *ou à sa postérité,* le mot *héritiers* devant être entendu ici *secundum subjectam materiam.* En effet la donation est faite seulement « en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage » (art. 1086), et l'art. 1089 ajoute que cette donation sera caduque « si le donateur survit à l'époux donataire et *à sa postérité* ». Les descendants du donataire sont donc les seuls héritiers, qui, à la mort du donateur, peuvent avoir droit à l'effet dont il s'agit. Les mots qui terminent l'art. 1086, ont été maladroitement copiés dans l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, où ils avaient un sens, parce que sous l'ordonnance les donations qui nous occupent n'étaient pas, comme elles le sont aujourd'hui, caduques par le prédécès du donataire et de sa postérité.

§ II. *Règles spéciales à chacune des donations dont s'occupe le chapitre VIII.*

N° 1. Donations de biens présents.

739. Le donateur aura recours à la donation de biens présents, lorsqu'il entendra se dépouiller actuellement et irrévocablement.

« *Toute donation entre vifs de biens présents, quoique faite par contrat* » *de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles géné-* » *rales prescrites pour les donations faites à ce titre* », dit l'art. 1081 al. 1. Ainsi une semblable donation devra être transcrite, si elle a pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques (art. 939); elle devra être accompagnée d'un état estimatif, si elle a pour objet des meubles corporels (art. 948). De plus, et cette conséquence est déduite par l'art. 1081 al. 2, qui aurait pu se dispenser de la formuler, « *Elle ne pourra*

» *avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés* » *au chapitre VI du présent titre* ».

Et toutefois, le principe posé par notre article souffre d'assez nombreuses restrictions. Nous venons de les indiquer sous les numéros 737 et 738. La plus considérable résulte de l'art. 1086, qui soustrait d'une manière générale les donations faites en faveur du mariage par des tiers dans le contrat, et par conséquent même les donations de biens présents, aux applications de la règle *Donner et retenir ne vaut,* contenues dans les art. 944, 945 et 946. La donation cesse alors d'être une donation de biens présents proprement dite : le donateur ayant un moyen indirect de la révoquer, elle ne devient parfaite que lors de son décès, et c'est pourquoi la loi la déclare caduque, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité (art. 1089), tandis que la donation de biens présents proprement dite n'est pas soumise à cette cause de caducité.

N° 2. Donation de biens à venir ou institution contractuelle.

740. Eusèbe de Laurière définit de la manière suivante la donation qui va nous occuper : « un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de mariage au profit de l'un des deux époux ou des enfants qu'ils doivent avoir ensemble ». Ainsi un oncle intervient au contrat de mariage de sa nièce, et déclare *donner à la future épouse, en considération du mariage projeté, la totalité des biens qu'il laissera à l'époque de son décès.*

La donation de biens à venir est une sorte de moyen terme entre la donation entre vifs et la donation testamentaire. Elle se sépare de la première pour se rapprocher de la seconde, en ce qu'elle a pour objet des biens *à venir :* tout ou partie des biens que le disposant laissera à l'époque de son décès. Au contraire, elle se sépare de la donation testamentaire pour se rapprocher de la donation entre vifs, par son caractère d'irrévocabilité. Elle emprunte donc ses deux traits les plus caractéristiques à deux institutions, entre lesquelles il semble exister une sorte d'incompatibilité juridique, la donation entre vifs, et la donation testamentaire. Aussi Furgole la qualifie-t-il de *disposition* AMPHIBIE, et un autre, de *libéralité* HERMAPHRODITE. Mais ce sont là des dénominations de fantaisie. Dans le langage sérieux, nos anciens appelaient la disposition dont il s'agit *institution contractuelle :* expression merveilleusement choisie parce qu'elle équivaut à une définition, et que la doctrine moderne emploie fréquemment, bien qu'elle n'ait pas trouvé place dans le code civil. La donation de biens à venir est en effet, comme on vient de le voir, une *institution d'héritier faite par contrat de mariage ;* c'est un don irrévocable de succession, *datio successionis,* dit Cujas.

Les donataires de biens à venir doivent donc être assimilés à des héritiers. La doctrine les appelle des héritiers contractuels pour les distinguer des autres héritiers. Il en résulte que s'ils veulent renoncer au bénéfice de l'institution ou accepter sous bénéfice d'inventaire, ils doivent procéder suivant les formes prescrites par les art. 784 et 793. Poitiers, 12 décembre 1887, Sir , 88. 2. 32.

Ainsi qu'on le voit clairement par notre définition, l'institution contractuelle est un pacte sur une succession future, que le législateur autorise ici en faveur du mariage, par dérogation à la grande règle qui proscrit d'une manière générale dans notre droit les conventions de ce genre (art. 791, 1130 et 1600). Ce n'est pas le seul point de vue sous lequel l'institution contractuelle s'éloigne du droit commun : elle y déroge encore en ce qu'elle porte sur des biens *à venir*, contrairement à la règle de l'art. 943. Nous sommes donc en présence d'une institution de nature tout à fait exceptionnelle, et par conséquent les textes qui l'organisent doivent recevoir l'interprétation restrictive, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

741. Historique. L'institution contractuelle paraît avoir son origine dans les lois barbares. De là elle passa dans notre ancien droit coutumier, et parvint même à trouver place dans la législation des pays de droit écrit. Supprimée par la loi du 17 nivôse de l'an II, elle a été rétablie par le code civil. Les auteurs disent qu'elle est assez peu usitée dans la pratique.

742. Qui peut faire une institution contractuelle. — « *Les » pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, » et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de » tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au » profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, » dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire* » (art. 1082 al. 1). Toute personne, parente ou non des futurs époux, peut donc disposer à leur profit par institution contractuelle, à la condition, comme on le verra bientôt, d'avoir la capacité requise pour disposer par donation entre vifs. Mais l'institution contractuelle ne peut trouver place que dans le *contrat de mariage* des futurs époux ; en effet l'art. 1082 al. 1 ne l'autorise que dans un acte de cette nature, et nous savons que le texte de la loi ne comporte pas ici l'interprétation extensive.

743. Au profit de qui l'institution contractuelle peut être faite. — L'institution contractuelle étant une donation en faveur du mariage, la loi suppose que, dans l'intention du donateur, elle s'adresse à la famille que le mariage va fonder, non moins qu'aux futurs époux eux-mêmes. Aussi l'art. 1082 al. 2 dispose-t-il : « *Pareille donation, » quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera » toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au pro- » fit des enfants et descendants à naître du mariage* ». Le donateur, qui entend que la libéralité profite le cas échéant aux enfants à naître du mariage, n'a donc pas besoin de s'expliquer sur ce point ; la loi parle pour lui : elle admet, on l'a contesté à tort, l'existence d'une substitution vulgaire tacite au profit des enfants. En un mot, elle suppose que la disposition faite par le donateur est l'équivalent de celle-ci :

« J'institue le futur époux ou les futurs époux mes héritiers ; et, pour le cas où ils se trouveraient, par suite de leur prédécès, dans l'impossibilité de recueillir le bénéfice de la disposition, j'institue leurs enfants à naître du mariage ». Mais ce n'est là qu'une présomption (arg. des mots *sera présumée faite*), qui tomberait devant la manifestation d'une volonté contraire du donateur. Il pourrait donc, par une clause formelle de la donation, exclure les enfants à naître du bénéfice de la disposition, en disant par exemple que le prédécès de l'époux donataire avec ou sans postérité rendra la donation caduque.

La loi, dans le silence du donateur, ne présume la substitution vulgaire dont nous venons de parler qu'au profit des enfants et descendants *à naître du mariage* (on peut ajouter : *et des enfants légitimés par ce mariage,* car ils en sont considérés comme le fruit anticipé [arg. art. 333]), mais non au profit des enfants que le donateur a eus d'un mariage antérieur ou qu'il pourrait avoir d'un mariage postérieur. Ceux-ci ne sont donc pas appelés à profiter du bénéfice de l'institution. L'art. 1089 dit, il est vrai, que l'institution contractuelle ne devient caduque que lorsque le donateur survit à l'époux donataire et *à sa postérité :* d'où l'on pourrait être tenté de conclure que l'existence d'une postérité *quelconque* fait obstacle à la caducité. Mais il est manifeste que la loi fait allusion à la postérité en vue de laquelle la donation est présumée faite, c'est-à-dire à la postérité issue du mariage.

Non seulement les enfants du donataire, nés ou à naître d'un mariage autre que celui en vue duquel l'institution contractuelle est faite, ne sont pas présumés compris dans la disposition, mais le disposant ne pourrait même pas les y comprendre en vertu d'une déclaration formelle ; car la loi ne l'y autorise pas, et il n'y a de permis dans cette matière exceptionnelle que ce qui est autorisé.

Le même motif conduit à décider :

1° Que les enfants à naître du mariage, eux-mêmes, ne pourraient pas être institués *principaliter,* en passant, comme le dit un de nos anciens, par dessus la tête des conjoints, c'est-à-dire sans que ceux-ci fussent institués en première ligne ; car la loi n'autorise leur institution que subsidiairement à celle de leurs parents ;

2° Qu'une institution contractuelle ne pourrait pas être faite valablement au profit d'autres personnes que les époux et les enfants à naître de leur union, par exemple au profit du frère de l'un des époux. Et le disposant chercherait vainement à éluder cette prohibition, en instituant le futur époux lui-même et en déclarant qu'il associe une tierce personne au bénéfice de l'institution. La clause d'*association,* tolérée dans notre ancien droit, devrait être déclarée nulle aujourd'hui, en vertu de ce principe, qu'on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Par conséquent la part attribuée à l'associé, resterait dans la succession *ab intestat* du disposant, et reviendrait à ses héritiers légitimes ;

3° Que l'institution ne pourrait pas être faite au profit des époux et d'un seul ou de quelques-uns seulement des enfants à naître du mariage, par exemple au profit de l'aîné. Les enfants doivent être tous appelés à profiter du bénéfice de la disposition ou en être tous exclus ;

4° Que l'instituant ne pourrait pas attribuer des parts inégales aux enfants à naître. Dans ce cas comme dans le précédent, la disposition qui déroge à la loi serait réputée non écrite, et par suite les enfants, le cas échéant, viendraient tous également.

744. Sur quels biens peut porter l'institution contractuelle.

— La loi dit qu'elle peut comprendre « *tout ou partie* » des biens à venir de l'instituant. Ces mots ont ici le même sens que dans l'art. 895, qui donne la définition du testament. Le mot *partie* ne désigne donc pas seulement une *partie aliquote,* comme le tiers, le quart, mais aussi les biens particuliers dépendant de la masse. C'est l'opinion générale. En un mot l'institution contractuelle peut être :

1° *Universelle,* par exemple si le disposant a dit : « Je donne aux futurs époux tous les biens que je laisserai à l'époque de mon décès » ;

2° *A titre universel,* si elle a pour objet une partie aliquote du patrimoine de l'instituant, par exemple s'il a dit : « Je donne le tiers des biens que je laisserai à mon décès ». L'institution contractuelle serait encore à titre universel, si elle portait sur tous les immeubles ou sur tous les meubles ou sur une partie aliquote des uns ou des autres (arg. art. 1010) ;

3° *A titre particulier,* si elle porte sur des biens déterminés, *singulæ res.* Telle serait la disposition ainsi conçue : « Je donne 20,000 fr. à prendre sur les biens que je laisserai à l'époque de mon décès ».

* Et toutefois on est forcé de reconnaître que le nom d'*institution contractuelle* convient assez mal à une disposition faite à titre particulier, car le mot *institution* éveille l'idée d'un titre universel. C'est peut-être pour ce motif que le code civil n'a pas reproduit cette ancienne dénomination.

Les distinctions que nous venons d'établir, présentent une très grande importance au point de vue du règlement des dettes de l'instituant. Elles sont toutes à la charge de l'institué, si l'institution est universelle ; il ne les supporte que proportionnellement à la fraction qu'il est appelé à recueillir, si l'institution est à titre universel ; enfin il ne doit nullement y contribuer, si l'institution est à titre particulier. Ce n'est qu'une conséquence de la maxime *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

745. Effets de l'institution contractuelle. — Nous avons dit que l'institution contractuelle est un don irrévocable de succession, *datio successionis.* De ce qu'elle est un don *de succession,* il résulte qu'elle ne confère à l'institué aucun droit *actuel,* mais seulement un droit *éventuel :* c'est le propre de tous les droits successifs. De ce qu'elle est un don *irrévocable,* il suit que l'instituant ne peut pas donner à un autre ce qu'il a déjà donné à l'institué ; il ne peut pas faire de donations au préjudice du droit qu'il lui a conféré. C'est ce que dit l'art. 1083, ainsi conçu : « *La donation dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement* ». Et, comme la loi ne distingue pas, nous en concluons que l'instituant ne peut pas plus disposer par testament que par donation

entre vifs au préjudice de l'institué. Bien entendu, l'instituant ne perd le droit de disposer à titre gratuit que relativement aux biens compris dans la disposition ; et encore ne le perd-il pas complètement, car la loi l'autorise à faire des donations « pour sommes modiques, à titre de » récompense ou autrement ». — *Pour sommes modiques.* La modicité doit être appréciée bien évidemment eu égard à la fortune du disposant; par conséquent elle est chose essentiellement relative. — *A titre de récompense* OU AUTREMENT. Les mots *ou autrement* laissent au juge une grande latitude d'appréciation ; ils lui permettent de maintenir les donations modiques, faites non seulement *pour cause pie,* comme on le décidait autrefois, mais aussi à d'autres titres, par exemple les présents d'usage.

Telle est la seule atteinte que l'institution contractuelle apporte aux droits de l'instituant. I demeure donc propriétaire de tous les biens compris dans la disposition, et conserve le droit illimité d'en disposer à titre onéreux. Il peut les échanger, les grever d'hypothèques et les vendre, même à charge de rente viagère, car l'aliénation à charge de rente viagère est une aliénation à titre onéreux, et sauf à examiner cependant si cette aliénation ne déguise pas une donation, auquel cas elle ne serait pas opposable à l'institué. A plus forte raison, l'instituant conserve-t-il le droit d'emprunter et de transiger.

En résumé, l'instituant ne peut pas disposer à titre gratuit, au préjudice de l'institué, des biens compris dans la disposition, sauf l'exception relative aux dons modiques ; mais il conserve le droit illimité de disposer à titre onéreux, et il peut par suite rendre la donation stérile en vendant tous ses biens et en en dissipant le prix, ou en se ruinant par de fausses spéculations. C'est ce qui a fait dire au tribun Jaubert qu'il faut distinguer en cette matière le *titre* et l'*émolument;* le *titre* de l'institué est irrévocable, mais son émolument est incertain tant que vit l'instituant.

746. De l'ouverture de l'institution contractuelle. — L'institution contractuelle est un don de succession, *datio successionis;* elle s'ouvre donc comme s'ouvrent les successions, c'est-à-dire par la mort de l'instituant (arg. art. 718) ; et ceux au profit desquels elle est établie, les *héritiers contractuels,* comme on les appelle, n'en peuvent profiter qu'autant qu'ils existent lors de l'ouverture (arg. art. 725). L'institution contractuelle devient donc caduque, si l'instituant survit à tous ses héritiers contractuels, c'est-à-dire à l'époux ou aux époux institués et aux enfants ou descendants nés de leur union.

Il nous faut examiner successivement le cas où l'institution contractuelle s'ouvre au profit de l'institué et celui où elle s'ouvre au profit de ses enfants.

a. L'institution contractuelle s'ouvre au profit de l'institué, lorsqu'il survit à l'instituant. L'institué peut alors, comme le pourrait un héritier, accepter l'institution ou la répudier; il prendra ce dernier parti, lorsque le bénéfice de l'institution sera absorbé par les dettes. On peut trouver étonnant, au premier abord, que l'institué puisse répudier l'institution, puisqu'il l'a déjà acceptée expressément ou tacitement dans le contrat de mariage qui la contient. Mais un peu de réflexion suffit pour expliquer cette anomalie apparente. Ce que l'institué a accepté, c'est le titre d'héritier *présomptif* que lui donnait l'institution, mais non le titre d'héritier *définitif*.

Pendant toute la vie de l'instituant, la situation de l'institué est celle d'un héritier présomptif. Par conséquent, il ne peut pas exercer son option ni céder son droit (arg. art. 791, 1130 et 1600); encore moins pourrait-il aliéner les biens compris dans l'institution ou les grever de droits réels, car il n'en est pas propriétaire.

b. Lorsque l'institué est mort avant l'instituant, laissant des descendants issus du mariage en faveur duquel l'institution a été faite, l'institution s'ouvre au profit de ceux-ci. Ils peuvent donc, comme l'aurait pu l'institué lui même, accepter ou répudier l'institution. Ce droit leur appartient de leur propre chef, comme donataires de l'instituant, et non comme héritiers de l'institué qui n'a jamais eu aucun droit ; par conséquent, ils peuvent recueillir le bénéfice de la disposition, alors même qu'ils auraient renoncé à la succession de l'institué.

Si les descendants de l'institué sont tous au premier degré, ils se partagent par tête les biens compris dans la disposition. Il y a lieu au contraire à un partage par souche. si un ou plusieurs des enfants de l'institué sont prédécédés laissant des descendants : ces derniers viennent par représentation de leur auteur prédécédé. Cela est de tradition, et cette considération est décisive dans une matière toute traditionnelle.

Les descendants de l'institué sont-ils appelés à recueillir le bénéfice de l'institution, si celui-ci y renonce ? En d'autres termes, la renonciation de l'institué donne-t-elle ouverture au droit de ses enfants, de même que son prédécès ? L'affirmative est généralement admise, et avec raison ce nous semble. L'art. 1082, il est vrai, n'appelle les enfants qu'au cas de prédécès de l'époux donataire; mais ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit.* Les descendants de l'institué, nous l'avons dit, lui sont substitués vulgairement; ils sont donc appelés à recueillir le bénéfice de l'institution pour le cas où l'institué ne le pourrait ou ne le voudrait, peu importe que ce soit par suite de son décès ou de sa renonciation.

747. L'institué ou ses descendants, qui acceptent l'institution, sont obligés de respecter toutes les aliénations à titre onéreux consenties par l'instituant, mais non les aliénations à titre gratuit, sauf cependant l'exception indiquée en l'art. 1083. Ils auraient donc une action en revendication contre les tiers détenteurs des biens aliénés à titre gratuit par l'instituant ; et, dans le cas où cette action ne serait pas possible à raison de la nature du bien donné, par exemple s'il s'agit d'une somme d'argent, ils auraient une action personnelle en restitu-

tion contre le donataire. L'une ou l'autre action durerait pendant trente ans, à compter du décès de l'instituant.

748. L'institué ou ses descendants, qui acceptent l'institution, sont tenus, dans la mesure qui a été indiquée au n. 744, du paiement des dettes de l'instituant.

* En sont-ils tenus *ultra vires*, au cas d'acceptation pure et simple ? La solution de cette question dépend de celle de savoir si l'institué contractuellement est *saisi;* car nous avons vu (*supra* n. 31-3°) que la loi rattache l'obligation de payer les dettes *ultra vires* à la *saisine*. Or nous estimons, mais il y a controverse sur ce point, que l'institué contractuellement est saisi, et tenu à ce titre *ultra vires*, si l'institution est universelle et que le disposant ne laisse pas d'héritier réservataire (arg. *a fortiori* de l'art. 1006). Dans tous les autres cas, il paraît certain qu'il n'a pas la saisine, et ne peut être tenu par suite qu'*intra vires*.

749. De la caducité de l'institution contractuelle. — Les causes de caducité de l'institution contractuelle nous sont à peu près connues d'après les explications qui précèdent; il suffira de les grouper ici. L'institution contractuelle devient caduque : 1° si le mariage en vue duquel elle a été faite ne se réalise pas (art. 1088) ; 2° si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité (art. 1089); 3° enfin par la renonciation de l'institué et de tous ses descendants. La caducité profite à ceux au préjudice desquels la disposition se serait exécutée; ou si l'on veut cette disposition est réputée non écrite.

* *De la promesse d'égalité.*

* **750.** La promesse d'égalité est la clause par laquelle un père, en mariant un de ses enfants, lui promet dans son contrat de mariage de ne pas avantager ses frères à son préjudice. En un mot, le père promet à l'enfant qu'il marie de ne pas le dépouiller de sa part héréditaire dans la quotité disponible pour la donner à un de ses frères.

La promesse d'égalité équivaut à une institution contractuelle au profit de l'enfant, pour sa part dans la quotité disponible, mais avec réserve pour le père du droit de disposer, même à titre gratuit, dans les termes du droit commun, au profit d'étrangers, et aussi de celui de disposer au profit de ses autres enfants ou descendants de tout ce qui excède la part héréditaire de l'institué dans la quotité disponible : double réserve qu'autorise l'art. 1086. Ainsi un père a trois enfants, *Primus, Secundus* et *Tertius;* en mariant *Primus*, il lui a promis l'égalité dans son contrat de mariage; puis il meurt laissant 120,000 fr., ce qui porte la quotité disponible à 30,000 fr. Si le père a légué 30,000 fr. à un étranger, *Primus* ne pourra pas se plaindre. Il n'aura pas le droit de se plaindre non plus, si son père, lui laissant sa part héréditaire dans la quotité disponible, 10,000 fr., a légué le surplus par préciput et hors part à *Secundus*. Mais *Primus* aura le droit de réclamer, si le legs fait par préciput et hors part à *Secundus* s'élève à 25,000 fr.

Voyez au sujet de la promesse d'égalité un arrêt rendu sur une espèce fort intéressante par la cour de Riom le 21 février 1883, Sir., 84. 2. 9. *Adde* Cass., 10 mars 1884, Sir., 85. 1. 351.

N° 3. Donation cumulative de biens présents et à venir.

751. L'institution contractuelle ne confère à l'institué qu'un droit très incertain. En effet l'instituant, conservant la faculté illimitée de disposer de ses biens à titre onéreux, peut se ruiner par de fausses spéculations ou dissiper son patrimoine et laisser une succession obérée, auquel cas l'institué n'aura qu'un titre illusoire. C'est là le côté faible de l'institution contractuelle. La loi permet de la fortifier à l'aide d'une modalité d'une nature particulière, qui assure à tout événement à l'institué tout ou partie des biens que le disposant possède au moment de l'institution. L'institution contractuelle, ainsi perfectionnée, porte le nom de *donation de biens présents et à venir*. L'art. 1084 dit à ce sujet : « *La donation par contrat de mariage » pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout » ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes » et charges du donateur existantes au jour de la donation ; auquel cas, » il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux » biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur* ».

On voit en quoi consiste le perfectionnement, qui transforme l'institution contractuelle en une donation de biens présents et à venir. Le donataire a le droit, au décès du donateur, « de s'en tenir aux biens » présents en renonçant au surplus des biens du donateur », c'est-à-dire qu'il peut prendre le patrimoine du donateur dans l'état où il se trouvait lors de la donation, ou en d'autres termes réclamer les biens qui appartenaient au donateur à cette époque (biens présents) en payant les dettes dont il était alors tenu (dettes présentes) et qui sont constatées par l'état annexé à la donation. Le donataire prendra ce parti, lorsque le donateur aura diminué son patrimoine, dans l'intervalle écoulé entre la donation et son décès, soit par des dissipations, soit par de fausses spéculations. Si au contraire le donateur a augmenté sa fortune, l'institué n'usera pas de la faculté dont nous venons de parler, et exercera son droit sur les biens composant le patrimoine du donateur lors de son décès, absolument comme si la disposition faite à son profit était une institution contractuelle pure et simple.

En somme, le donataire de biens présents et à venir peut exercer, lors du décès du disposant, un droit d'option dont voici les deux termes : 1° s'en tenir aux biens présents, en répudiant les biens à venir ; le donataire doit dans ce cas payer les dettes présentes ; 2° opter pour les biens à venir, et alors la libéralité produit purement et simplement les effets d'une institution contractuelle. On peut donc définir la donation de biens présents et à venir : une institution contractuelle, avec faculté pour l'institué d'opter pour les biens présents du donateur.

752. Le donataire, qui opte pour les biens présents, a droit à tous les biens qui appartenaient au donateur lors de la donation (en supposant, bien entendu, que la donation soit universelle); il peut donc revendiquer entre les mains des tiers détenteurs les immeubles qui auraient été aliénés même à titre onéreux par le donateur, et n'est pas obligé de respecter les droits réels dont il les aurait grevés. Le tout pourvu que la donation ait été transcrite, car les tiers sont présumés en ignorer l'existence tant que cette formalité n'a pas été remplie.

Mais d'un autre côté, le donataire, qui opte pour les biens présents, doit payer toutes les dettes présentes; elles viennent de plein droit en déduction des biens présents, *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. Et comme, en l'absence d'une constatation régulière, il ne manquerait pas de s'élever des difficultés sur le point de savoir quelles étaient les dettes présentes du donateur, la loi exige qu'il en soit joint un état à l'acte de donation. Si cette formalité avait été omise, la disposition ne pourrait valoir que comme institution contractuelle. C'est ce qui résulte de l'art. 1085, ainsi conçu : « *Si l'état dont est mention au précédent* » *article n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens pré-* » *sents et à venir, le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier cette* » *donation pour le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que* » *les biens qui se trouveront existants au jour du décès du donateur, et* » *il sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la suc-* » *cession* ».

753. Observons maintenant, et ce point présente une importance capitale, que la donation de biens présents et à venir n'est pas une donation de biens présents plus une donation de biens à venir : d'où résulterait notamment cette conséquence, que le donataire deviendrait immédiatement propriétaire des biens présents. Elle constitue une donation unique, une donation *cumulative* de biens présents et à venir, comme le dit la loi. En somme, cette donation n'est qu'une variante de l'institution contractuelle.

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° Le donataire n'a aucun droit sur les biens du donateur, du vivant de celui-ci. Le donateur conserve donc l'entière propriété et jouissance de ses biens, et peut en disposer, sauf la faculté pour le donataire, si son droit vient à s'ouvrir, de critiquer dans tous les cas les aliénations à titre gratuit faites par le donateur, et même les aliénations à titre onéreux s'il opte pour les biens présents ;

2° La donation de biens présents et à venir, de même que l'institution contractuelle, est censée faite aux enfants et descendants à naître du mariage, en cas de prédécès de l'époux donataire;

3° Elle devient caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité. Cette dernière conséquence est formulée par l'art. 1089.

Nature de l'institution contractuelle et de la donation de biens présents et à venir.

754. L'institution contractuelle, nous l'avons dit, est un mélange de la donation entre vifs et de la donation testamentaire : elle touche à la première par son irrévocabilité, à la seconde en ce qu'elle a pour objet des biens à venir. Mais l'art. 893, aux termes duquel : « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, *que par » donation entre-vifs ou par testament...* », ne permet pas de considérer l'institution contractuelle comme un mode de disposer à part, distinct de la donation ou du testament : il faut nécessairement qu'elle soit l'un ou l'autre. Lequel des deux ? Le choix ne saurait guère être douteux. La nature contractuelle de la disposition dont il s'agit ne permet pas de l'assimiler aux dispositions testamentaires, et son irrévocabilité lui assigne tout naturellement sa place dans la catégorie des *donations*. C'est sous ce nom d'ailleurs que le code civil la désigne; nous avons déjà noté qu'il évite avec une sorte d'affectation de se servir de l'ancienne expression *institution contractuelle*. Enfin Pothier, guide ordinaire des rédacteurs du code civil, lui assignait ce caractère. Nous dirons donc que l'institution contractuelle (et à plus forte raison la donation de biens présents et à venir), est une donation entre vifs, et nous lui appliquerons les règles des donations de cette nature, toutes les fois que le législateur n'y aura pas dérogé.

De là il suit notamment :

1° Que le donateur et le donataire devront être capables, l'un de disposer, l'autre de recevoir, *à l'époque de la donation*. Il n'est pas nécessaire que le donateur ait encore la capacité de disposer à l'époque de son décès; et, quant au donataire, il suffit qu'il ait alors la capacité requise pour recevoir *à titre de succession*, car il est héritier contractuel : ce qui lui permet de recueillir le bénéfice de la disposition, même lorsqu'il se trouve sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle;

2° Les donations de biens à venir ou de biens présents et à venir ne devront être réduites, le cas échéant, qu'après les dispositions testamentaires et après les donations entre vifs de date postérieure (arg. art. 923). En un mot, au point de vue de la réduction, on les traite comme des donations entre vifs ; on leur applique le principe de la réduction par ordre de dates.

CHAPITRE IX

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE

755. Le législateur s'occupe ici, non seulement, ainsi que nous l'annonce la rubrique, des donations entre époux, mais aussi de la quotité disponible entre époux. Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes.

§ I. *Des donations entre époux.*

N° 1. Des dispositions entre époux par contrat de mariage.

756. *Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproque- » ment, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, » sous les modifications ci-après exprimées* » (art. 1091).

Les époux peuvent donc se faire l'un à l'autre par leur contrat de mariage, avec ou sans réciprocité, toutes les donations qui pourraient leur être faites par des tiers, c'est-à-dire des donations de biens présents, des donations de biens à venir ou des donations de biens présents et à venir.

Toutefois, faites entre futurs époux, ces diverses donations se distinguent par certaines particularités. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 960, elles ne sont pas révocables pour cause de survenance d'enfant. D'autre part, nous avons vu qu'elles échappent à la règle de l'art. 959, qui déclare les donations faites en faveur du mariage non révocables pour cause d'ingratitude; mais ce dernier point est contesté.

Deux autres particularités nous sont signalées par les art. 1093 et 1095.

Voici la première. Un mineur ne peut pas faire de donations entre vifs (art. 903). La faveur du mariage a fait admettre une exception à cette règle : l'époux mineur peut disposer par contrat de mariage au profit de son conjoint, sous la seule condition d'être assisté des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. On lit à ce sujet dans l'art. 1095 : « *Le mineur ne pourra, par contrat » de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par » donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux » dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et, » avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à » l'époux majeur de donner à l'autre conjoint* ». Nous retrouverons cette disposition sous l'art. 1398, au titre *Du contrat de mariage...* C'est là qu'est le siège de la matière.

La seconde particularité résulte de l'art. 1093. A la différence de la précédente, qui est applicable à toutes les donations, celle-ci n'a trait qu'aux donations de biens à venir et aux donations de biens présents et à venir. La loi s'exprime en ces termes : « *La donation de biens à venir, » ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, » soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le cha- » pitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites » par un tiers; sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus » du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux dona- » teur* » (art. 1093).

= *Sauf qu'elle ne sera point transmissible...* Le contraire a lieu, lorsque la donation est faite par un tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux (art. 1082). Quel est le motif de cette différence? Lorsque la donation de biens à venir ou de biens présents et à venir est faite *par un tiers* aux futurs époux ou à l'un d'eux, les enfants à naître du mariage ne

peuvent être appelés à profiter de la disposition en cas de prédécès de leurs parents qu'autant qu'ils sont eux-mêmes donataires : n'étant pas héritiers du disposant, ils ne sauraient avoir d'autre titre que celui de donataires pour recueillir ses biens ; la loi présume que le disposant a eu l'intention de le leur conférer, parce que la donation est faite *en faveur du mariage,* et par conséquent en vue de la postérité des époux aussi bien que des époux eux-mêmes. En d'autres termes, le législateur, interprétant ici la volonté du disposant, admet au profit des enfants l'existence d'une substitution vulgaire tacite, sans laquelle le bénéfice de la donation serait perdu pour eux au cas de prédécès de l'époux donataire. Mais cette présomption n'avait plus sa raison d'être, lorsque la donation est faite par l'un des époux à l'autre. En effet, les enfants à naître du mariage, étant ici héritiers du donateur comme du donataire, n'ont plus besoin que la donation s'étende jusqu'à eux pour recueillir un jour les biens donnés ; si la donation devient caduque par le prédécès de l'époux donataire, ils retrouveront plus tard les biens donnés dans la succession du donateur. Pourquoi donc supposer alors l'existence d'une substitution vulgaire à leur profit? Autant cette présomption est rationnelle quand la donation est faite par un tiers (art. 1082), autant elle le serait peu lorsque la donation est faite par l'un des époux à l'autre. De sorte qu'en définitive la règle formulée par l'art. 1082 et l'exception consacrée par notre article ont le même fondement : la volonté présumée du donateur.

Mais la loi, croyons nous, se borne à interpréter ici la volonté de l'époux donateur, quand il ne l'a pas exprimée; et, de même que l'art. 1082, qui présume l'existence d'une substitution vulgaire tacite au profit des enfants quand la donation est faite par un tiers, ne s'oppose pas à ce que le donateur manifeste efficacement une volonté contraire (*supra* n. 743), de même l'art. 1093 nous paraît ne pas faire obstacle à ce que la substitution, dont il ne présume pas l'existence, soit établie par une déclaration expresse du donateur. La question est controversée. Nous n'insistons pas, parce que nous doutons que le cas se présente jamais dans la pratique.

757. Sauf les particularités qui viennent d'être signalées, les donations, faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage, demeurent soumises aux mêmes règles que les donations dont il est question au chapitre précédent. Ainsi, comme ces dernières, elles sont affranchies des entraves de la règle *Donner et retenir ne vaut* (arg. art. 947), et les art. 1087, 1088 et 1090 leur sont applicables.

L'art. 1092, qui semble au premier abord signaler une particularité en ce qui concerne la donation de biens présents, ne fait en définitive que la déclarer soumise aux règles ordinaires : « *Toute donation entre-vifs de biens présents faite entre » époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de » survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée; et elle sera » soumise à toutes les règles et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de dona- » tions* ».

= *Ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire.* C'est le droit commun; mais le législateur a jugé utile de s'expliquer, parce qu'il y avait controverse sur ce point dans notre ancien droit, plusieurs auteurs, et notamment Furgole, pensant que la condition de survie était sous-entendue dans les donations dont il s'agit.

N° 2. Des donations entre époux pendant le mariage.

758. Historique. L'ancien droit romain permettait aux époux de disposer l'un au profit de l'autre par testament ou par donation à cause de mort, mais non par donation entre vifs. On craignait que l'un des époux n'abusât de son influence sur l'autre pour s'enrichir à ses dépens. *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate,* dit la loi 1, D., *De don. int. vir. et ux.*, XXIV, 1. Sous Septime Sévère et Antonin Caracalla, un sénatus-consulte décida que la donation faite par l'un des époux à l'autre, deviendrait rétroactivement valable à l'encontre des héritiers du donateur, si celui-ci était mort sans révoquer la donation. *Ait oratio, fas esse, eum qui donavit pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse* (l. 32, § 2, D., *hoc tit.*). On admettait en vertu d'une fiction que la donation non révoquée était une donation à cause de mort, permise entre époux, et on la déclarait valable à ce titre.

Les règles du droit romain sur cette matière furent consacrées dans nos pays de droit écrit. Dans les pays de coutume, au contraire, les donations entre époux, même celles faites par testament, étaient en général prohibées d'une manière absolue, sauf exception pour le don mutuel de l'usufruit des biens de la communauté, lorsqu'il n'y avait pas d'enfants. Cout. Paris, art. 280. Cette règle avait surtout pour fondement le principe de la conservation des biens dans les familles, qui jouait un rôle si important dans notre ancien droit coutumier; on aurait porté atteinte à ce principe en autorisant les donations entre époux, puisque les deux époux appartiennent le plus souvent à deux familles différentes. Subsidiairement on ajoutait, pour justifier la prohibition, que l'affection entre époux doit être désintéressée. Toutefois quelques coutumes limitaient la prohibition aux donations entre vifs, et autorisaient par conséquent entre époux les dispositions testamentaires. La coutume d'Auvergne se signalait par une remarquable distinction entre le mari et la femme : le mari pouvait donner à sa femme même la totalité de ses biens; la femme au contraire ne pouvait rien donner à son mari.

La loi du 17 nivôse an II prit sur ce point le contrepied de notre ancien droit coutumier : elle autorisa les donations entre époux, et les déclara irrévocables quand elles seraient faites par acte entre vifs.

Prohiber d'une manière absolue les donations entre époux, comme le faisait notre ancien droit coutumier, c'était blesser les conjoints dans leurs affections les plus vives; il y avait à craindre d'ailleurs qu'en pratique on n'employât mille moyens détournés pour éluder la prohibition. D'un autre côté, assimiler les donations entre époux aux donations ordinaires en les déclarant irrévocables, comme le faisait la loi de l'an II, c'était ne pas tenir un compte suffisant de l'influence conjugale, qui permettra souvent à l'époux le plus fort d'arracher une donation au plus faible. Ici, comme dans bien d'autres circonstances, notre législateur a pris un moyen terme entre les deux extrêmes : il autorise les donations entre époux, mais il les déclare toujours révocables.

759. Aux termes de l'art. 1096 : « *Toutes donations faites entre époux* » *pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révo-*

» *cables. — La révocation pourra être faite par la femme, sans y être* » *autorisée par le mari ni par justice. — Ces donations ne seront point* » *révoquées par la survenance d'enfants* ».

Les donations faites entre époux pendant le mariage se distinguent des donations ordinaires par trois particularités, dont deux sont indiquées par notre article, et la troisième par l'art. 947.

Première particularité. — Les donations dont il s'agit sont toujours révocables. La loi craint qu'elles ne soient le résultat d'une influence abusive. Dans l'association conjugale, il y a presque toujours un des époux qui domine l'autre : ordinairement c'est le mari. S'il a abusé de sa prépondérance pour arracher une donation à son conjoint, la loi permet à celui-ci de revenir sur ce qu'il a fait, en révoquant la donation. Le donateur n'a pas à indiquer les motifs qui le portent à changer de détermination : la loi l'en fait juge souverain; il n'a pas d'autre contrôle à subir que celui de sa conscience. Si c'est la femme, elle peut exercer son droit de révocation sans autorisation. La loi ne pouvait pas raisonnablement exiger l'autorisation du mari, puisque la révocation est dirigée contre lui, et elle a cru devoir ne pas exiger davantage l'autorisation de la justice, parce que la nécessité de l'obtenir aurait souvent paralysé le droit de révocation de la femme, qui peut avoir intérêt à agir en secret pour ne pas irriter son mari. En un mot, la loi a dispensé ici la femme de toute autorisation, pour qu'elle pût agir avec une entière indépendance, pour que sa détermination ne fût pas subordonnée à une volonté étrangère, *ne ex alieno penderet arbitrio.*

On voit que le principe de la révocabilité des donations entre époux est fondé sur des considérations d'ordre public. Aussi faudrait-il déclarer nulle toute clause, par laquelle l'époux donateur renoncerait à son droit de révocation, ou qui aurait pour résultat d'entraver arbitrairement l'exercice de ce droit.

D'ailleurs le droit de révocation est exclusivement attaché à la personne de l'époux donateur; d'où il suit qu'il ne pourrait pas être exercé de son chef par ses créanciers agissant en vertu de l'art. 1166, ni même après sa mort par ses héritiers. La donation devient donc irrévocable, lorsque le donateur est mort sans l'avoir révoquée. Mais, d'un autre côté, l'époux donateur peut *toujours,* dit la loi, exercer son droit de révocation; *toujours,* par conséquent même après la mort de l'époux donataire.

Régulièrement l'époux donateur, qui aura survécu à son conjoint, ne manquera guère d'user de son droit de révocation. Cela posé, il eût peut-être été plus simple de décider que la donation est révoquée de plein droit par le prédécès de l'époux donataire. Mais notre législateur ne l'a pas fait, et l'interprète n'a pas le droit de le faire à sa place; c'est un point constant en jurisprudence (Toulouse, 20 mai 1886, Sir., 86. 2. 238). La solution contraire compte de nombreux partisans dans la doctrine; ils

invoquent principalement l'autorité de la tradition. Nous ne parlons que des donations de biens présents. Il est sans difficulté que les donations de biens à venir et de biens présents et à venir, faites entre époux *constante matrimonio*, deviennent caduques par le prédécès de l'époux donataire : c'est le droit commun pour les donations de cette nature. Arg. art. 1093.

760. Formes de la révocation. — La révocation peut être expresse ou tacite, conformément au droit commun, auquel la loi n'a pas ici dérogé.

a. La révocation *expresse* doit être faite dans l'une des formes indiquées en l'art. 1035, c'est-à-dire soit par testament, soit par un acte notarié. Cette solution, sur l'exactitude de laquelle on pouvait élever des doutes très graves avant la promulgation de la loi du 21 juin 1843, a été législativement consacrée par l'art. 2 de cette loi.

b. La révocation *tacite* résulte de tout acte accompli par le donateur, et qui fait nécessairement supposer chez lui la volonté de révoquer la donation, par exemple de l'aliénation de la chose donnée. Cpr. art. 1016 et s., et *supra* n. n. 639 et s.

Expresse ou tacite, la révocation détruit le titre du donataire ; elle rétroagit donc : le donataire est censé n'avoir jamais eu la propriété de la chose donnée, et par suite les aliénations et les constitutions de droits réels par lui consenties sont considérées comme non avenues.

Le caractère de révocabilité, qui distingue les donations entre époux, suffit à expliquer la disposition de l'art. 1097, ainsi conçu : « *Les époux » ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni » par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et » même acte* ». Ce texte est le pendant de l'art. 968, et s'explique par les mêmes motifs. Cpr. *supra* n. 544.

Deuxième particularité. Les donations faites entre époux pendant le mariage ne sont pas révocables pour cause de survenance d'enfant (art. 1096 al. 3). Il était inutile de les soumettre à cette révocation qui a lieu de plein droit, puisque le donateur jouit de la faculté de les révoquer *ad nutum;* d'ailleurs il convenait d'éviter que l'un des époux fût intéressé à n'avoir pas d'enfants.

Troisième particularité. La règle *Donner et retenir ne vaut* ne s'applique pas aux donations faites entre époux pendant le mariage. Arg. art. 947. Révocables au gré du donateur, il n'y avait pas lieu de leur appliquer des dispositions qui ne sont qu'une conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations. Ainsi la donation, faite par l'un des époux à l'autre pendant le mariage, pourra comprendre des biens à venir ou cumulativement des biens présents et à venir, ou bien être consentie sous des conditions potestatives de la part du donateur...

761. Sauf les trois particularités qui viennent d'être signalées, les

donations entre époux pendant le mariage demeurent soumises aux règles qui gouvernent les donations ordinaires, notamment :

1° Aux prescriptions de l'art. 931 en ce qui concerne la forme;

2° A la nécessité d'une acceptation *expresse* faite dans la forme réglée par l'art. 932 : l'art. 1087 n'est applicable qu'aux donations faites *par contrat de mariage;*

3° A la formalité de l'état estimatif, si elles portent sur des objets mobiliers corporels;

4° Enfin à la formalité de la transcription, quand elles ont pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques.

* Mais, peut-on dire, à quoi servira la transcription ? Son but principal, dans les cas ordinaires, est de rendre le droit du donataire, opposable aux ayant cause à titre particulier du donateur, par exemple à ceux auxquels il vendrait le bien donné, postérieurement à la donation; or ici la transcription ne saurait procurer cet avantage au donataire, car la donation est révocable; le donateur peut la révoquer tacitement en aliénant le bien donné, et la transcription ne saurait le priver de ce droit; elle sera donc inutile. — La réponse est que la transcription produit encore d'autres effets, dont l'époux donataire a intérêt à s'assurer le bénéfice : notamment elle lui sera utile pour empêcher les créanciers chirographaires du donateur de saisir le bien donné, ou pour empêcher l'hypothèque judiciaire résultant des condamnations prononcées contre lui de s'imprimer sur l'immeuble donné (arg. art. 2123 al. 2).

762. Nature des donations faites entre époux pendant le mariage. — L'art. 893 ne reconnaît que deux modes de disposer à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. Ce texte, nous l'avons déjà noté, proscrit un troisième mode de disposer, admis en droit romain et dans notre ancien droit : la donation à cause de mort; on ne peut donc songer à attribuer ce caractère à la donation entre époux. D'un autre côté, bien que la donation entre époux soit révocable, sa nature contractuelle ne permet pas de la ranger dans la catégorie des donations testamentaires. Il faut donc dire qu'elle est une donation entre vifs. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'art. 1096 qui la désigne sous ce nom, et de la loi du 21 juin 1843 qui la soumet aux mêmes formes solennelles que la donation entre vifs.

Ce principe, qui paraît aujourd'hui définitivement admis en doctrine et en jurisprudence, engendre les conséquences suivantes :

1° L'époux mineur, même âgé de plus de seize ans, ne peut pas disposer par acte entre vifs au profit de son conjoint. Arg. art. 904;

2° L'époux soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire ne peut faire une donation à son conjoint sans l'assistance de son conseil. Arg. art. 499 et 513;

3° La femme dotale ne peut pas faire donation de ses biens dotaux à son mari. Arg. art. 1554;

4° Le donataire est saisi immédiatement, par l'effet de l'acceptation, du droit que la donation lui confère. Ainsi, quand la donation a pour objet des biens présents, l'époux donataire en devient immédiatement propriétaire (arg. art. 938); désormais les créanciers de l'époux donateur ne pourront plus saisir les biens donnés, si du moins le donataire a rempli les formalités prescrites par la loi pour rendre son droit opposable aux tiers;

5° Les donations entre époux doivent, le cas échéant, être réduites comme donations entre vifs, par conséquent après les donations testamentaires et après les donations entre vifs de date postérieure. Nous croyons que cette règle doit être appliquée, même aux donations de biens à venir; mais il y a des dissidences sur ce point.

§ II. *De la quotité disponible entre époux.*

763. Comme presque toutes les législations, le code civil établit un disponible spécial entre époux. En d'autres termes, la portion de biens, dont une personne peut disposer au profit de son conjoint, n'est pas, ordinairement au moins, la même que celle dont elle peut disposer au profit d'un étranger. Nous entendons ici par *étranger* toute personne autre que le conjoint du disposant, même ses enfants. Ce langage, singulier en apparence, est emprunté à l'art. 1095, et consacré par la doctrine.

Les art. 913 à 916 déterminent le disponible entre étrangers, ou disponible ordinaire, qui forme le droit commun. Les art. 1094 et 1098 déterminent le disponible entre époux, qui est un disponible d'exception; il est tantôt plus fort, tantôt plus faible que le disponible ordinaire.

Notons, avant d'entrer en matière, que, pour la détermination du disponible entre époux, comme pour celle du disponible ordinaire, la loi se réfère à l'époque du décès du disposant; elle tient compte de l'état de sa fortune à ce moment suprême et de la qualité des héritiers qu'il laisse. Notons aussi que les héritiers, en faveur desquels la loi limite le disponible entre époux et qui pourront, le cas échéant, demander la réduction des donations excessives faites au conjoint, sont les mêmes que ceux au profit desquels elle limite le disponible ordinaire : ce sont les descendants et les ascendants du disposant. En d'autres termes, ce qui varie, suivant qu'une personne dispose au profit de son conjoint ou au profit d'étrangers, c'est le *disponible* et par suite la *réserve,* mais non les héritiers réservataires : ils sont toujours les mêmes, quel que soit le bénéficiaire de la disposition; seulement le taux de leur réserve varie, suivant que le défunt a disposé au profit de son conjoint ou au profit d'étrangers. De là résulte une conséquence importante : c'est que, lorsque le disposant ne laisse ni descendants ni ascendants, tous ses biens sont disponibles au profit de son conjoint comme au profit de tout autre.

Cela posé, le disponible entre époux est réglé par la loi d'une manière différente, suivant que le disposant laisse ou ne laisse pas d'enfants d'un précédent mariage.

N° 1. Du disponible entre époux lorsque le disposant ne laisse pas d'enfants d'un précédent mariage.

764. Deux hypothèses doivent être distinguées.

765. Première hypothèse. L'époux donateur ne laisse comme héritiers réservataires que des ascendants. Il a pu valablement disposer au profit de son conjoint de tout ce dont il aurait pu disposer au profit

d'un étranger, et en outre de l'usufruit de la portion réservée à ses ascendants. C'est ce que dit l'art. 1094 al. 1 : « *L'époux pourra, soit* » *par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne* » *laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre* » *époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un* » *étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la* » *loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers* ».

Ainsi l'époux donateur laisse un ou plusieurs ascendants dans une seule ligne. A un étranger il aurait pu valablement donner les trois quarts de ses biens (art. 915) ; il a pu, d'après notre texte, valablement disposer de la même quotité au profit de son conjoint, et en outre de l'usufruit du quart réservé à ses ascendants. Ceux-ci pourront donc se trouver réduits pour leur réserve à un droit de nue propriété sur des biens dont le conjoint du défunt sera usufruitier. Or normalement les ascendants de l'époux prédécédé seront plus âgés que son conjoint survivant, et par suite ils soupireront vainement après l'usufruit. Cette disposition est justement critiquée. Malleville n'a pas tort de dire : « Il est véritablement dérisoire de renvoyer les ascendants, pour la jouissance de leur légitime, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont ordinairement de moins qu'eux l'âge d'une génération ». L'ascendant, qui voudra tirer quelque parti de sa réserve, en sera réduit à vendre sa nue propriété, dont il ne trouvera le plus souvent qu'un vil prix : une nue propriété se vend généralement mal, surtout quand l'usufruitier est jeune.

* L'art. 1094 al. 1 se termine par ces mots : *au préjudice des* HÉRITIERS. Les héritiers dont il s'agit ne peuvent être que des *ascendants,* puisque la loi suppose ici l'absence de descendants, et qu'il n'y a pas d'autres héritiers réservataires que les descendants et les ascendants. Alors pourquoi n'avoir pas dit : *au préjudice des ascendants?* Notre disposition cadrait parfaitement avec l'art. 16 du projet, qui attribuait une réserve à certains collatéraux : par le mot *héritiers* la loi visait les ascendants, et en outre les collatéraux ayant un droit de réserve. Mais on sait que le droit de réserve des collatéraux n'a pas trouvé place dans la rédaction définitive de la loi. Cette modification aurait dû amener, dans l'art. 1094 al. 1, la substitution du mot *ascendants* au mot *héritiers;* on a oublié ce détail.

766. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. L'époux donateur laisse des enfants ou descendants issus de son mariage avec l'époux donataire. La quotité disponible est alors réglée par l'art. 1094 al. 2, ainsi conçu : « *Et pour* » *le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il* » *pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre* » *quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement* ». Ainsi le défunt laisse des enfants et un patrimoine évalué 100,000 fr., dettes déduites; il a pu valablement disposer au profit de son conjoint d'un quart, soit 25,000 fr., en pleine propriété, et d'un autre quart,

25,000 fr. également, en usufruit, ou bien d'une moitié, 50,000 fr., en usufruit seulement.

Notre disposition paraît au premier abord établir au profit du conjoint une alternative singulière, pour ne pas dire *ridicule,* comme le font la plupart des auteurs. Le premier terme de l'alternative comprend un quart en pleine propriété, plus un quart en usufruit : ce qui équivaut à une moitié en usufruit, plus un quart en nue propriété. Le deuxième terme comprend une moitié en usufruit seulement. Or n'était-il pas évident, d'après la règle *Qui peut le plus peut le moins,* que celui qui a le droit de donner une moitié en usufruit plus un quart en nue propriété, peut à plus forte raison donner une moitié en usufruit seulement ? — C'était bien évident en effet, et nous convenons volontiers que, si la loi n'avait voulu exprimer que cette idée, elle aurait dit ua moins une naïveté. Mais sa disposition a une portée plus étendue : elle signifie (car un texte qui fixe les limites du disponible défend tout ce qu'il n'autorise pas) que, si le disposant veut ne donner que de l'usufruit, il ne peut pas, convertissant en usufruit la nue propriété dont il ne dispose pas, donner plus de la moitié. Ainsi une disposition en usufruit seulement, portant sur les trois quarts des biens, excèderait la limite légale, et devrait être réduite à la moitié. Et cependant il se peut que les trois quarts en usufruit, dont le défunt a disposé au profit de son conjoint, n'aient pas une valeur supérieure à un quart en propriété plus un quart en usufruit, et, si la loi ne s'était pas expliquée, les juges auraient pu maintenir une semblable disposition comme n'excédant pas la limite légale. C'est précisément ce qu'a voulu empêcher le législateur. — En somme, la disposition de l'art. 1094 al. 2 doit être interprétée ainsi : un époux peut valablement, pour le cas où il laisserait des enfants lors de son décès, disposer au profit de son conjoint d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, et, s'il ne veut donner que de l'usufruit, il ne peut pas disposer de plus de la moitié.

* **767.** La loi établit donc dans l'art. 1094 deux disponibles distincts : l'un en propriété, l'autre en usufruit. D'où il faut conclure, sans hésiter, que l'art. 917 ne reçoit pas ici son application. Ainsi un époux a disposé au profit de son conjoint des trois quarts de ses biens en usufruit ; il meurt laissant des enfants du mariage. La donation devra être réduite à la moitié en usufruit. Le conjoint survivant n'aura pas le droit de dire à ses enfants : « Si vous ne voulez pas exécuter complètement la disposition faite à mon profit, abandonnez-moi, aux termes de l'art. 917, un quart en pleine propriété et un quart en usufruit ». Cette prétention, qui, si elle était fondée, détruirait toute l'utilité de la disposition finale de l'art. 1094, établissant un disponible spécial en usufruit, est d'ailleurs inconciliable, sinon avec le texte, du moins avec l'esprit de l'art. 917, dont la disposition a été écrite pour tarir les difficultés auxquelles pourrait donner lieu la comparaison d'une donation faite *en usufruit* avec un disponible fixé en *pleine propriété,* comme l'est celui des art. 913 et 915. Or cette difficulté ne peut pas se présenter, lorsqu'il existe un disponible

spécial en usufruit : ce qui est précisément notre hypothèse. La doctrine et la jurisprudence paraissent se fixer en ce sens. Orléans, 15 mai 1879, Sir., 79. 2. 217, et Cass., 30 juin 1885, Sir., 85. 1. 352.

Même solution, si la disposition excessive, faite au profit du conjoint, consiste en une rente viagère. Les enfants pourraient demander qu'elle fût réduite à une somme égale au revenu de la moitié des biens, sans pouvoir être obligés d'abandonner au conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit.

* **768.** Si l'on compare le disponible spécial établi par l'art. 1094 avec le disponible ordinaire établi par les art. 913 et 915, on voit que le premier est tantôt plus fort que le second, et tantôt plus faible.— Il est plus fort quand le disposant ne laisse que des ascendants (art. 1094 al. 1). Il est plus fort aussi quand le disposant laisse trois enfants ou un plus grand nombre : le disponible ordinaire est alors d'un quart en propriété (art. 913), tandis que le disponible au profit du conjoint comprend en outre *un quart en usufruit.* — Il est plus faible, au contraire, si le disposant ne laisse qu'un seul enfant : en effet, il reste toujours d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit; tandis que le disponible au profit d'un étranger est, en pareil cas, de la moitié en propriété (art. 913). — Quand le disposant laisse deux enfants, il est assez difficile de dire quel est celui des deux disponibles qui est le plus élevé. En effet le disponible ordinaire est dans ce cas d'un tiers en propriété (art. 913), et le disponible au profit du conjoint, toujours d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit. Pour apprécier la valeur relative de ces deux disponibles, il faut nécessairement les réduire au même dénominateur; car il est indispensable que deux quantités aient une commune mesure pour qu'on puisse les comparer l'une à l'autre. Mais précisément l'on manque de base certaine pour effectuer cette opération. Si l'on adopte celle établie par la loi du 22 frimaire de l'an VII, qui, au point de vue de la perception des droits d'enregistrement, considère l'usufruit comme valant la moitié de la pleine propriété, ce qui équivaut à dire que l'usufruit vaut la nue propriété, ou que la pleine propriété vaut deux usufruits, on trouve que le tiers en propriété, qui forme le disponible de l'art. 913 quand il y a deux enfants, équivaut à 2/3 en usufruit, et le tiers en propriété plus le quart en usufruit de l'art. 1093, à 3/4, toujours en usufruit. La quotité disponible de l'art. 1094 excéderait donc celle de l'art. 913 de la différence qui existe entre 3/4 et 2/3, c'est-à-dire de 1/12e en usufruit, ou 1/24e en pleine propriété.

Ainsi la comparaison de l'art. 1094 avec les art. 913 et 915 démontre que le disponible au profit du conjoint est en général plus fort que le disponible au profit d'un étranger. Dans une seule hypothèse il est plus faible : c'est celle où le disposant ne laisse qu'un enfant; l'art. 913 lui permet, en pareil cas, de donner la moitié de ses biens en propriété à un étranger, tandis que l'art. 1094 ne l'autorise à donner à son conjoint qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, par conséquent un quart en nue propriété de moins qu'à un étranger.

Ce dernier résultat a paru si extraordinaire à certains auteurs qu'ils l'ont déclaré inacceptable, et ils ont fait de véritables tours de force pour échapper au texte de la loi qui semble l'imposer. Il n'est pas possible, a-t-on dit, que la qualité d'époux soit, tantôt un titre de faveur, tantôt un titre de défaveur, et surtout qu'elle soit un titre de défaveur dans un cas unique, qui est précisément l'un de ceux où il semble que la loi aurait dû se montrer le plus généreuse envers le conjoint, celui où il n'y a qu'un seul enfant du mariage. Comment comprendre que, dans ce cas, et dans ce seul cas, on ne puisse donner à son conjoint autant qu'à un étranger? La raison exige donc impérieusement que l'on considère l'art. 1094 comme ayant été écrit en vue d'étendre au profit du conjoint le disponible du droit commun, mais non de le restreindre : ce qui permet de faire bénéficier le conjoint du dispo-

nible ordinaire dans l'hypothèse où il est plus fort que le disponible exceptionnel. Et, comme il faut bien à tout prix trouver un moyen de mettre le texte de la loi d'accord avec ce que l'on suppose être son esprit, on prétend que la loi ne se sert pas dans l'art. 1095 de termes limitatifs; elle ne dit pas que le conjoint NE *pourra donner* QUE... mais bien qu'il *pourra donner,* expressions qui ne sont pas restrictives.

Mauvaises raisons, à notre avis. Le texte de la loi est clair, et quant à son esprit il est au moins douteux; il faut donc s'en tenir au texte. Nous disons que le texte est clair. En effet la loi, dans l'art. 1094 al. 2, fixe le disponible entre époux, sans se préoccuper du nombre des enfants (on va voir à l'instant pourquoi), et il est clair que les mots *pourra donner* sont l'équivalent de ceux-ci : *ne pourra donner que;* car en matière de disponibilité tout ce qui n'est pas permis est défendu : les limites que le législateur fixe sont des limites qu'on ne peut pas dépasser; un texte est limitatif par cela seul qu'il établit une limite. Nous ajoutons que l'esprit de la loi est au moins douteux. Quand le législateur règle le disponible ordinaire, il ne se place pas au point de vue du donataire, mais uniquement à celui du donateur et de ses héritiers. Au contraire, le législateur prend en grande considération la personne du donataire, quand il règle le disponible entre époux; ce qui le préoccupe surtout en pareil cas, c'est de permettre à l'époux qui prédécèdera d'assurer à l'autre pendant son veuvage une situation à peu près équivalente à celle qu'il avait durant le mariage. Or les besoins du conjoint survivant ne varient pas avec le nombre de ses enfants, et on comprend fort bien que le législateur ait fixé pour ce cas le disponible d'une manière invariable. La jurisprudence a toujours résolu la question dans ce sens, et c'est aussi la solution à laquelle la doctrine paraît aujourd'hui se rallier après de fortes oscillations.

* *Concours du disponible exceptionnel de l'art. 1094 avec le disponible ordinaire des art. 913 et 915.*

* **769.** Le disponible ordinaire des art. 913 et 915 et le disponible exceptionnel de l'art. 1094 peuvent-ils être cumulés? En d'autres termes, est-il permis de disposer, au profit d'un étranger, d'une part, du disponible des art. 913 et 915, et au profit de son conjoint, d'autre part, du disponible de l'art. 1094? La négative est admise par tout le monde sans difficulté. Le cumul conduirait en effet à des résultats manifestement inacceptables, que le législateur n'a pu avoir la volonté de sanctionner. Ainsi supposons que le défunt laisse un seul enfant : s'il a pu valablement disposer d'une moitié de ses biens au profit d'un étranger (art. 913), et d'un quart en propriété plus d'un quart en usufruit au profit de son conjoint (art. 1094), que restera-t-il à l'enfant pour sa réserve? Un quart en nue propriété! Ce serait dérisoire.

De là on aurait tort de conclure qu'il n'est pas permis à une personne, qui a des héritiers réservataires, de disposer au profit d'étrangers et au profit de son conjoint tout à la fois; mais la difficulté, et elle est considérable, consiste à savoir quelle est la limite que ces diverses libéralités réunies ne pourront pas dépasser. Il s'agit de combiner entre elles les dispositions des art. 1094 d'une part, et 913 et 915 d'autre part. Plusieurs auteurs parlent de *collision* entre ces divers textes, c'est dire que leur combinaison n'est pas chose facile. La nature de cet ouvrage ne nous permet pas d'étudier la question dans tous ses détails; nous nous bornerons à formuler trois règles, qui sont généralement admises en doctrine et en jurisprudence et dont la connaissance suffira pour résoudre la plupart des espèces.

PREMIÈRE RÈGLE. L'ensemble des libéralités, faites par le défunt tant à son conjoint qu'à un étranger, doit être réduit aux limites du disponible le plus élevé, qui est ordinairement celui de l'art. 1094.

DEUXIÈME RÈGLE. Chaque gratifié ne peut recevoir au delà du disponible qui lui est

particulier. En d'autres termes, si, d'après notre première règle, les libéralités dans leur ensemble ne peuvent pas dépasser le disponible *absolu*, d'après la seconde, chaque libéralité en particulier ne peut pas dépasser le disponible *relatif*, c'est-à-dire le disponible afférent à chaque gratifié.

Troisième règle. L'usufruit, dont l'art. 1094 permet de grever la réserve des héritiers, ne peut être établi qu'au profit du conjoint. Il s'agit en effet d'une faveur spéciale que la loi lui accorde; et d'ailleurs l'usufruit établi sur une tête autre que la sienne pourrait constituer pour les héritiers réservataires une charge beaucoup plus lourde, le poids de la charge dépendant de l'âge et de la force de l'usufruitier.

N° 2. De la quotité disponible entre époux lorsque le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage.

770. La présence d'enfants du premier lit, souvenir vivant de l'union dissoute, est une cause de défaveur pour le veuf ou la veuve qui aspire à une nouvelle union. Un moyen se présente à lui pour racheter cette défaveur : c'est d'offrir une compensation pécuniaire au nouveau conjoint qu'il recherche, de lui faire une donation en vue du futur mariage et comme prix en quelque sorte de ce mariage. Cette donation, il est vrai, sera nécessairement faite aux dépens des enfants du premier lit du disposant; les biens donnés seront perdus pour eux, puisqu'ils ne sont pas héritiers du nouveau conjoint, et il semble qu'il y ait là de quoi faire reculer le donateur. Mais rien n'arrête les veufs, et surtout les veuves, qui ont envie de se remarier, et l'expérience a prouvé qu'ils ne sont que trop disposés à sacrifier l'intérêt de leurs enfants à celui de leur nouveau conjoint; l'amour conjugal, ou peut-être seulement l'amour du mariage, étouffe souvent en eux l'amour paternel. Il y avait là pour les enfants du premier lit un danger grave, contre lequel notre législateur a cherché à les prémunir en augmentant leur réserve par rapport au nouveau conjoint, en resserrant dans d'étroites limites le disponible à l'égard de celui-ci. C'est dans cette vue qu'a été édicté l'art. 1098, ainsi conçu : « *L'homme ou la femme qui, ayant des enfants* » *d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra* » *donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins pre-* » *nant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le* » *quart des biens* ».

771. Historique. — L'art. 1098 tire son origine du droit romain et de notre ancien droit.

Le droit romain contenait sur cette matière deux dispositions importantes.

1° D'après la loi *Fœminæ quæ* (l. 3. C., *De secundis nuptiis*, V, 9), la *veuve* ayant des enfants d'un premier lit, qui convolait après le délai du deuil, était obligée de conserver tous les biens qu'elle tenait de la libéralité de son premier mari pour les transmettre à ses enfants du premier lit. Cette disposition fut plus tard étendue aux veufs, parce qu'on reconnut que, dans leurs nouvelles unions, ils ne se montraient pas plus raisonnables que les veuves. Dans le principe, l'époux remarié avait le droit de répartir comme il l'entendait, entre ses enfants du premier lit, les biens qu'il était tenu de leur conserver; mais Justinien supprima cette faculté, de sorte

qu'à dater de cette époque le droit de l'époux remarié sur les biens dont il s'agit se trouva réduit à un simple usufruit.

2° Ce n'était pas assez d'assurer aux enfants du premier lit la conservation des biens que leur auteur devait à la libéralité de son premier conjoint; il fallait en outre empêcher que cet auteur ne pût les dépouiller de ses autres biens en les donnant à son nouveau conjoint. C'est ce que firent les empereurs Léon et Anthémius par la constitution *Hac edictali* (l. 6. C., *hoc tit.*), décidant que le père ou la mère, *pater materve,* ne pourrait donner à son nouvel époux, *novercæ vel vitrico,* qu'une part d'enfant le moins prenant.

Les dispositions du droit romain passèrent dans nos pays de droit écrit; mais elles ne furent pas admises en pays de coutume. Au seizième siècle, un événement qui est demeuré célèbre dans les annales juridiques, en fit regretter l'absence. La dame Anne d'Aligre, veuve et mère de huit enfants, réussit à se faire épouser en secondes noces par un homme jeune encore, Georges de Clermont; une donation considérable fut le prix de cette union désassortie. Le chancelier de l'Hôpital saisit cette occasion pour proposer à l'agrément du roi François II une disposition, qui est devenue l'édit de juillet 1560 connu sous le nom d'*Edit des secondes nóces.* Le préambule de l'édit vaut la peine d'être cité : « Comme les femmes veuves ayant enfants sont souvent invitées et sollicitées à nouvelles noces, et, ne connaissant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leur personne, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et faveur du mariage, leur font des donations immenses, mettent en oubli les devoirs de la nature envers leurs enfants, de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles s'en dussent éloigner par la mort des pères ; que les voyant destitués des secours et aide de leur père, elles devraient par tous moyens s'exercer à leur faire l'office de père et de mère; desquelles donations, outre les querelles et divisions entre mari et enfants, s'ensuit la désolation des bonnes familles et conséquemment diminution de la fortune de l'état public; à quoi les empereurs ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et constitutions sur ce par eux faites... »

L'édit comprenait deux chefs.

Le premier reproduisait à peu de chose près les dispositions de la loi *Hac edictali.* Bien qu'il ne parlât que des femmes veuves, la jurisprudence, s'inspirant de l'esprit de la loi plutôt que de ses termes, étendit sa disposition aux hommes veufs, « qui ne devaient pas, dit Ricard, se plaindre de cette extension, attendu qu'elle ne les regarde qu'en tant qu'ils témoignent autant de faiblesse que les femmes ».

Le deuxième chef de l'édit n'était guère que la reproduction de la loi *Fœminæ.*

Ces dispositions parurent si sages que la plupart des coutumes les adoptèrent lors de leur réformation.

L'art. 176 du projet du code civil reproduisait, sauf quelques modifications, les deux chefs de l'édit. Mais dans la rédaction définitive le premier seul a été maintenu. Le deuxième, qui obligeait l'époux remarié à conserver à ses enfants du premier lit les biens provenant de la libéralité de son premier conjoint, a paru sans doute en opposition, d'une part avec le principe de l'art. 732, qui dispose que la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la succession, et d'autre part avec le principe de l'art. 745, qui appelle tous les enfants à succéder également à leur auteur, encore qu'ils soient issus de différents mariages.

On voit en résumé que l'art. 1098 a sa source dans la loi *Hac edictali* et dans l'édit de juillet 1560.

772. A quelles personnes s'applique l'art. 1098.— Il s'applique au veuf et à la veuve (arg. des mots *L'homme ou la femme*), qui contracte un *nouveau* mariage (la loi dit *second ou subséquent*), *ayant*

des enfants d'un autre lit. La présence d'un seul enfant d'un autre lit entraînerait l'application de l'art. 1098; il faut dire avec la loi romaine : *Non est sine* LIBERIS *cui vel unus filius unave filia est.*

Les mots *enfants* D'UN AUTRE LIT, qu'emploie la loi, témoignent qu'elle songe à des enfants (ou descendants, le mot *enfants* est générique) légitimes ou légitimés (arg. art. 333); et cette induction est confirmée par la partie finale de l'article qui parle d'une part d'enfant *légitime*. La présence lors du mariage d'un ou de plusieurs enfants naturels ou même adoptifs appartenant à l'un des époux ne suffirait donc pas pour entraîner l'application de l'art. 1098.

773. Montant de la quotité disponible au profit du nouveau conjoint. — Elle est égale à « une part d'enfant légitime le moins » prenant », sans pouvoir cependant jamais excéder le quart des biens.

Ainsi la loi part de ce principe : que le nouveau conjoint doit être assimilé à un enfant, et qu'il peut recevoir par conséquent autant qu'un enfant. Mais ce principe souffre deux restrictions : la première consiste en ce que, si un ou plusieurs enfants ont été avantagés, la part du nouvel époux ne pourra être supérieure à celle de l'enfant qui prend le moins ; d'après la deuxième, la part du nouveau conjoint ne pourra jamais dépasser le quart des biens. — Etudions le principe et les deux restrictions qu'il comporte.

774. PRINCIPE. *Le veuf ou la veuve, qui se remarie ayant des enfants de son union dissoute, peut donner à son nouveau conjoint une part d'enfant.* Le montant de la part d'enfant ne peut être exactement connu qu'au décès de l'époux remarié; car il s'agit d'une question de *disponibilité,* et nous savons que tout dépend en cette matière de l'état de choses existant lors du décès du disposant. Il faudra donc avoir égard au nombre d'enfants légitimes laissés par le disposant à l'époque de son décès, en y comprenant même ceux issus du nouveau mariage. Toutefois, on aura seulement égard aux enfants qui viennent à la succession du disposant : on ne comptera donc pas les renonçants et les indignes. Quant aux petits-enfants issus d'un enfant prédécédé, on ne les comptera que pour la tête de leur père. Le nouvel époux sera considéré comme un enfant de plus, et la part d'enfant calculée d'après cette base. Ainsi un veuf, ayant deux enfants de son premier lit, se remarie; outre ces deux enfants, il en laisse à son décès trois autres issus de sa nouvelle union : total cinq enfants légitimes. La part d'enfant, dont il a pu valablement disposer au profit de sa nouvelle épouse, est d'un sixième, celle-ci étant comptée comme un enfant de plus : ce qui porte le nombre des enfants à six.

Toutes les libéralités faites au nouveau conjoint tombent d'ailleurs sous le coup de l'art. 1098; mais toutes aussi sont autorisées dans les limites qu'il détermine : donations de biens présents, donations de biens à venir, legs. Ce n'est pas la forme de la disposition que la loi réglemente, mais seulement sa quotité.

D'ailleurs, en fixant à une *part d'enfant* la quotité disponible au profit du nouvel

époux, la loi n'a pas entendu assigner à la donation qui peut lui être faite une formule particulière. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que le disposant dise : « Je donne ou je lègue *une part d'enfant* ». La donation peut porter sur une somme d'argent, sur un immeuble, sur des biens quelconques, sous la condition de ne pas excéder une part d'enfant.

* Toutefois la donation d'une *part d'enfant* est très usitée. Elle constitue une donation de biens à venir, si la disposition a été faite par acte entre vifs, et un legs à titre universel, si elle a été faite par testament ; car une semblable donation porte sur l'ensemble des biens que le disposant laissera à son décès. D'où il faut conclure : 1° que le donataire n'est saisi d'aucun bien pendant la vie du disposant ; 2° que la donation devient caduque par le prédécès du donataire (arg. art. 1039, 1082, 1086 et 1089) ; 3° que, si le donataire survit au donateur, il a le droit de figurer au partage de sa succession concurremment avec les enfants, et doit supporter une part proportionnelle des dettes du disposant.

Venons aux restrictions que souffre notre principe.

775. Première restriction. La loi l'indique par ces mots *le moins prenant :* ils signifient que si, parmi les enfants du disposant, un ou plusieurs ont été avantagés par des dispositions préciputaires, le nouveau conjoint ne pourra pas recevoir plus que l'enfant qui prend le moins. En d'autres termes, le montant des donations préciputaires, faites par le disposant au profit d'un ou plusieurs de ses enfants, doit être prélevé sur la masse, et la part d'enfant du nouveau conjoint calculée seulement sur ce qui reste une fois ce prélèvement opéré.

Il y aurait lieu de prélever aussi sur la masse, préalablement au calcul de la part d'enfant, la portion de biens revenant aux enfants naturels reconnus que pourrait avoir le disposant.

Deuxième restriction. Les donations faites au nouveau conjoint ne peuvent en aucun cas excéder le quart des biens du disposant. Ainsi, une veuve, ayant un seul enfant de son premier mariage, en contracte un nouveau, et elle ne laisse à son décès que cet enfant. La part d'enfant, calculée d'après les règles ci-dessus, serait de la moitié des biens ; mais les donations faites au nouveau conjoint ne pourront pas atteindre cette limite. Ici s'appliquera notre deuxième restriction : les libéralités ne pourront pas dépasser le quart.

C'est un renchérissement sur la sévérité de l'édit des secondes noces. Et cette considération ne doit pas être sans influence sur la solution de la question suivante : il s'agit de savoir si le veuf ou la veuve, qui, ayant des enfants de sa première union, se remarie plusieurs fois successivement, peut valablement donner à chacun de ses nouveaux conjoints la quotité disponible fixée par l'art. 1098 (à la condition bien entendu que l'ensemble des libéralités n'excède pas la limite fixée par l'art. 1094), ou si tous les nouveaux conjoints successifs ne peuvent recevoir à eux tous que cette quotité. En d'autres termes, la quotité disponible de l'art. 1098 peut-elle être donnée autant de fois qu'il y a de subséquents mariages, ou bien une seule fois à tous les nouveaux conjoints réunis ? C'est dans ce dernier sens que la question était résolue sous l'empire de l'édit de 1560, et c'est dans ce sens encore qu'elle nous semble devoir l'être aujourd'hui, puisque notre législateur s'est montré plus sévère que l'édit. Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette interprétation, qui est généralement admise.

776. Nature de la disposition de l'art. 1098. — On dit souvent que l'art. 1098 a été écrit en haine des seconds mariages. Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Nous ne connaissons aucun texte, d'où l'on puisse induire avec certitude que notre législateur voit les seconds mariages d'un œil défavorable. Ceux que l'on cite d'ordinaire sont susceptibles de recevoir une toute autre interprétation : on peut les considérer comme inspirés par une pensée de protection pour les enfants du premier lit, auxquels il y a lieu de craindre que le second mariage ne porte préjudice. Il en est ainsi de l'art. 1098. Le législateur redoute, non sans raison, que l'époux qui convole en secondes noces ne se laisse aller trop facilement à dépouiller ses enfants du premier lit au profit de son nouveau conjoint. Pour parer à ce danger, il attribue aux enfants du premier lit une réserve plus forte à l'égard du nouveau conjoint qu'à l'égard de tous autres. Ce n'est donc pas une *incapacité* personnelle de recevoir que la loi édicte contre le nouveau conjoint, en haine de son union, c'est une *indisponibilité* qu'elle établit en faveur des enfants du premier lit. Cpr. *supra* n. 770.

De là résultent entre autres les conséquences suivantes :

1° Toute question d'indisponibilité se réglant d'après l'état de choses existant au décès du disposant, c'est à cette époque qu'il faut se reporter pour décider si les libéralités faites au nouveau conjoint tombent sous le coup de l'art. 1098. Ainsi l'époux qui a convolé avait des enfants de sa première union au moment où il a contracté la seconde, mais tous sont morts avant lui ; l'art. 1098 ne recevra pas son application. Sur ce point, la rédaction du texte de la loi laisse à désirer ; car il parle de l'époux qui se remarie *ayant des enfants d'un autre lit :* il sous-entend sans doute que ces enfants vivront encore lors du décès de leur auteur.

Mais, si l'action en réduction, autorisée par l'art. 1098, ne peut s'ouvrir que dans la personne des enfants du premier lit, ils n'en auront pas toujours le profit exclusif : ils seront en effet tenus de le partager avec les enfants auxquels le nouveau mariage aurait donné naissance, avec leurs frères utérins ou consanguins. C'est une conséquence nécessaire du principe posé par l'art. 745, qui attribue à tous les enfants du défunt un droit égal sur ses biens, alors même qu'ils sont issus de différents mariages.

* Il faut même, croyons-nous, aller plus loin, et décider que, une fois ouverte dans la personne des enfants du premier lit, l'action en réduction peut être intentée par les enfants du nouveau mariage, si ceux du premier refusent ou négligent de le faire. Il serait inconséquent de leur reconnaître le droit de profiter de l'action en réduction, sans leur donner les moyens de l'exercer. C'était la solution admise par Pothier. On ne l'a pas bien fortement ébranlée à notre avis, en objectant que l'art. 1496, dans le cas particulier qu'il prévoit, dit : « les enfants *du premier lit* de l'autre époux » auront l'action en retranchement » ; d'où l'on induit que cette action est refusée aux autres enfants. Cet argument perd presque toute sa valeur, si l'on remarque, d'une part, que c'est un argument *a contrario,* ce qui le discrédite déjà, et d'autre part, qu'il est tiré d'une disposition dans laquelle le législateur se préoccupait exclusivement de décider s'il y avait lieu à réduction, et non de résoudre la question de savoir par qui l'action en réduction peut être intentée, et qui par conséquent a pu être rédigée avec une certaine négligence à ce dernier point de vue.

* 2° Les enfants du premier lit ne peuvent pas, du vivant de leur auteur, renoncer au droit de faire réduire les donations qu'il a faites à son nouveau conjoint, pour le cas où elles se trouveraient excéder la quotité disponible fixée par l'art. 1098. Cette renonciation constituerait un pacte sur succession future, tombant sous le coup de la prohibition générale des art. 791, 1130 et 1600.

* 3° Les enfants du premier lit n'ont, du vivant de leur auteur, aucune action pour faire réduire les libéralités même les plus excessives par lui faites à son nou-

veau conjoint. En effet l'action en réduction, sanction du droit de réserve, ne prend naissance qu'au jour où s'ouvre le droit à la réserve, c'est-à-dire au décès du disposant (*supra* n. 429).

* 4° Après la mort de leur auteur, les enfants du premier lit ne peuvent se prévaloir de l'art. 1098 qu'autant qu'ils se portent héritiers du disposant; car il s'agit d'un droit de réserve, et il faut être héritier pour avoir droit à la réserve et à l'action en réduction qui en est la sanction, *non habet legitimam nisi qui heres est*. Ce droit sera donc refusé aux enfants renonçants ou indignes. Il y a toutefois quelques dissidences sur ce point.

777. L'indisponibilité établie par l'art. 1098 n'existe qu'à l'égard du nouveau conjoint. En faveur de tous autres, l'époux remarié peut donc disposer dans les termes du droit commun. D'ailleurs l'indisponibilité dont il s'agit n'est pas réciproque : le nouveau conjoint peut donc disposer au profit de son époux dans les limites autorisées par l'art. 1094, pourvu qu'il n'ait pas lui-même d'enfants d'un précédent mariage.

* On admet sans difficulté que le disponible de l'art. 1098 ne peut pas être cumulé avec celui des art. 913 et 915.

N° 3. Sanction des dispositions qui précèdent.

778. La prohibition de s'avantager au delà des limites de la quotité disponible est gênante pour les époux, et il était facile de prévoir qu'ils chercheraient souvent dans la pratique à l'éluder. Le législateur devait, pour couronner son œuvre, déjouer par avance toutes les combinaisons qui pourraient être tentées dans ce but. Les plus usitées ont été de tout temps la libéralité indirecte, la libéralité déguisée et la libéralité faite à personne interposée. De là l'art. 1099, ainsi conçu : « *Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur* » *est permis par les dispositions ci-dessus. — Toute donation, ou déguisée,* » *ou faite à personnes interposées, sera nulle* ».

A bien prendre, la donation déguisée et la donation faite à personne interposée ne sont que des cas particuliers de libéralités *indirectes*, expression qui comprend dans son sens le plus large toute donation faite *per viam obliquam et indirectam*. Cpr. *supra* n. 254. Mais, le législateur opposant ici les donations déguisées et faites à personne interposée aux libéralités indirectes, il en résulte qu'il prend l'expression *libéralité indirecte* dans un sens restreint.

D'après cela, la libéralité *indirecte* est celle qui résulte d'un acte fait ostensiblement, sans fraude ni déguisement. Tel serait le cas où, deux époux étant colégataires conjoints, l'un d'eux renoncerait au legs pour en faire acquérir le bénéfice exclusif à l'autre. Celui qui fait une libéralité indirecte ne dissimule ni la nature de l'acte ni la personne du donataire.

Au contraire, la libéralité *déguisée* est celle qui se cache sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ou qui est faite par un acte simulé.

Ainsi un mari déclare dans son contrat de mariage avoir reçu de sa femme une dot de 100,000 fr., alors que celle-ci ne lui a rien apporté; il y a libéralité déguisée. Le mari se reconnaît en effet débiteur d'une dot qu'il ne doit point : ce qui constitue une simulation.

Quant à la libéralité faite *à personne interposée,* nous savons que c'est celle qui est adressée à un intermédiaire, donataire apparent, chargé par un pacte secret de restituer à celui que le disposant veut gratifier, son conjoint dans l'espèce proposée.

779. Quel sera le sort de ces diverses libéralités? Les libéralités *indirectes* ne se cachent pas; elles se font au grand jour; leur existence sera donc facilement découverte. Notre législateur a trouvé suffisant de leur appliquer la même règle qu'aux libéralités directes : elles seront, comme ces dernières, réductibles à la quotité disponible en cas d'excès (art. 1099 al. 1). Il n'en est pas de même des libéralités *déguisées* ou *faites à personnes interposées :* elles se dissimulent sous un voile qu'il ne sera pas toujours facile de déchirer; fréquemment la combinaison de celui qui a employé ce moyen détourné pour éluder la loi réussira, parce qu'il ne sera pas possible de restituer à l'acte sa véritable nature, son véritable caractère, de démontrer l'existence de la simulation ou de l'interposition de personne. Aussi la loi se montre-t-elle plus sévère : l'art. 1099 al. 2 dit : « Toute donation, ou » déguisée, ou faite à personnes interposées, sera *nulle* », et non pas seulement réductible. En formulant cette sanction d'une extrême rigueur, la loi espère détourner les disposants de l'idée d'avoir recours à une fraude, qu'elle considère comme très dangereuse pour le succès de sa prohibition, à cause des nombreuses chances qu'elle a de réussir.

L'art. 1099 peut donc être paraphrasé de la manière suivante. La loi dit aux époux : « Ce que je vous défends de faire directement par les art. 1094 et 1098 (vous avantager au delà des limites de la quotité disponible), je vous défends aussi de le faire par un moyen détourné. Si vous violez cette dernière prohibition, je serai plus ou moins sévère suivant les cas. Le détour par vous employé consiste-t-il dans une libéralité indirecte ? C'est là une innocente supercherie, dont je découvrirai facilement l'existence; je me bornerai à vous traiter comme si vous aviez fait une donation directe : la libéralité sera donc seulement réductible, si elle excède la quotité disponible. Mais si vous avez recours à la libéralité déguisée ou faite à personne interposée, prenez garde ! vous jouez le tout pour le tout. Votre fraude réussira peut-être, car il n'est pas certain qu'elle soit découverte; alors vous aurez éludé ma prohibition. Mais si les intéressés parviennent à déchirer le voile dont vous avez couvert la libéralité (et je leur donnerai tous les moyens possibles pour arriver à ce résultat), je ne me borne-

rai pas à déclarer la libéralité réductible, elle sera nulle pour le tout ».

L'interprétation, que nous venons de donner de l'art. 1099, est conforme à la jurisprudence constante de la cour de cassation (Cass., 23 mai 1882, Sir., 83. 1. 72 et 22 juillet 1884, Sir., 85. 1. 112) qui toutefois ne déclare nulle la donation déguisée ou faite à personne interposée qu'autant qu'elle excède la quotité disponible, restriction qui nous paraît contraire à l'esprit non moins qu'au texte de la loi.

Un parti important dans la doctrine donne à l'art. 1099 une interprétation toute différente de celle que nous venons d'indiquer. Les donations déguisées ou faites à personnes interposées ne seraient que réductibles à la quotité disponible, en cas d'excès, de même que les donations indirectes ; quand l'art. 1099 *in fine* dit que ces donations sont nulles, il faut, dit-on, sous-entendre : *pour ce qui excède la quotité disponible.* — Mais outre que cette restriction est contraire au texte de la loi, qui prononce la nullité dans des termes absolus, elle aboutit en définitive à considérer l'alinéa 2 de l'art. 1099 comme une répétition, et une répétition en termes fort peu satisfaisants, de la disposition contenue dans l'alinéa 1. Nous convenons volontiers d'ailleurs qu'il sera souvent difficile en pratique de distinguer une donation indirecte d'une donation déguisée. Mais la difficulté que peut éprouver le juge pour appliquer une distinction ne nous paraît pas être un motif suffisant pour la repousser, lorsque les termes de la loi commandent de l'admettre.

780. Le législateur établit ici, comme il l'a déjà fait dans l'art. 911 au sujet d'un cas analogue, certaines présomptions légales d'interposition de personnes, qui dispensent de toute preuve ceux au profit de qui elles sont établies et n'admettent pas la preuve contraire de la part de ceux contre qui elles sont dirigées. L'art. 1100 dit à ce sujet : « *Seront » réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux » aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre » mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux » sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier » n'ait point survécu à son parent donataire* ». Cpr. art. 911 et *supra* n. 396.

La loi considère donc comme personnes interposées par rapport au conjoint du donateur :

1° *Les enfants de ce conjoint issus* D'UN AUTRE MARIAGE, mais non ceux issus de son mariage avec le donateur. En d'autres termes, la donation que l'un des époux fait à un enfant d'un autre lit de son conjoint, par conséquent à un enfant qui n'est pas le sien, est réputée s'adresser au conjoint auteur de cet enfant. Mais il n'en est pas de même de celle qu'il fait à un enfant de ce conjoint qui est aussi le sien, c'est-à-dire à un enfant issu de son mariage avec ce conjoint. La première est inspirée, la loi du moins le suppose, par l'amour conjugal, la deuxième par l'amour paternel. D'ailleurs la présomption d'interposition de personne, appliquée aux enfants du mariage, aurait abouti à les frapper d'une incapacité personnelle de recevoir de leur père et de leur mère : ce qui n'aurait eu aucune raison d'être.

2° *Les personnes dont le conjoint du donateur est héritier présomptif au jour de la donation.* Aux yeux de la loi, la donation, que je fais à une personne dont mon conjoint est héritier présomptif, est destinée à ce conjoint : je donne en vue de le faire profiter de la donation, quand il recueillera la succession du donataire, dans laquelle il trouvera le bien donné. Il faut et il suffit que la qualité d'héritier présomptif du donataire existe chez le conjoint *au jour de la donation,* sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de savoir si elle existe au jour du décès du donataire; car la loi interprète la volonté du donateur, et elle ne peut l'interpréter que d'après l'état de choses existant lors de la donation.

Tels sont les seuls cas dans lesquels l'interposition de personne est présumée de plein droit. En fait, elle peut exister dans bien d'autres hypothèses; mais alors les intéressés, qui en allèguent l'existence, devront en fournir la preuve : ce qu'ils pourront d'ailleurs faire par tous les moyens possibles. C'est le droit commun quand il s'agit de démasquer une fraude.

* **781.** Reste une question. Il est incontestable que les art. 1099 et 1100 servent de sanction à l'art. 1098 qui les précède immédiatement. Mais servent-ils en outre de sanction aux art. 1094 et 1096 ? L'affirmative est admise par la jurisprudence (Lyon, 14 mai 1880, Sir., 81. 2. 38) et par un parti considérable dans la doctrine. On argumente surtout en ce sens de l'art. 1099, qui dispose : « *Les époux* ne pourront » se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis *par les dispositions ci-* » *dessus* ». Le législateur ne se serait vraisemblablement pas exprimé de la sorte, s'il n'avait songé qu'au cas prévu par l'art. 1098. D'abord, au lieu de dire : *Les époux...*, il aurait dit probablement : *L'époux ayant des enfants d'un autre lit;* car l'art. 1098 ne limite pas le droit de disposer pour *les époux,* mais seulement pour celui qui a des enfants d'un précédent mariage. Et puis, à la place des mots *par les dispositions ci-dessus,* il aurait plutôt employé ceux-ci : *par l'article précédent.* L'art. 1099 se réfère donc, dit-on, à toutes les dispositions qui le précèdent ; il sert de sanction, non seulement à l'art. 1098, mais aussi à l'art. 1094, qui fixe le disponible entre époux n'ayant pas d'enfants d'un précédent mariage, et en outre à l'art. 1096, en tant qu'il défend aux époux de se faire des donations *irrévocables :* les époux pourraient songer à éluder cette dernière prohibition, comme celle de l'art. 1098 ou celle de l'art. 1094, par le moyen d'une donation déguisée ou faite à personne interposée, dont il serait le plus souvent fort difficile d'établir le véritable caractère; pour les détourner de cette idée, la loi frappe la donation de nullité.

Nous pensons avec quelques auteurs qu'il y a lieu de distinguer. Nous admettons bien que les art. 1099 et 1100 se réfèrent à l'art. 1094, mais nous ne croyons pas qu'ils servent aussi de sanction à l'art. 1096. Les mots AU DELA *de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus* annoncent que la loi ne songe ici qu'aux dispositions limitant la faculté de disposer entre époux. La sanction qu'elle établit s'applique donc à l'art. 1094, qui est conçu dans cet ordre d'idées aussi bien que l'art. 1098, mais non à l'art. 1096 qui détermine seulement le caractère des donations faites entre époux *constante matrimonio,* en les déclarant révocables.

TITRE III

Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

782. Définition de l'obligation. — On peut définir l'*obligation :* un lien de droit, par lequel une personne est astreinte envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cpr. art. 1101.

Un lien de droit, juris vinculum : d'où le nom d'*obligation*, de *ob ligare*. Pour être immatériel, comme toutes les choses *quæ in jure consistunt,* ce lien n'en est pas moins résistant. Celui qu'il enchaîne ne peut en général le rompre qu'en faisant ce qu'il a promis de faire, en *payant*. Le paiement est le mode régulier et normal de dissolution du lien que l'obligation a formé; aussi les Romains l'appelaient-ils *solutio,* de *solvere, solutum,* et définissaient-ils l'obligation : *Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei.* Par là l'obligation se distingue des simples devoirs moraux, qui sont dépourvus de toute sanction légale, et dans l'accomplissement desquels l'homme ne relève que de sa conscience.

L'effet de l'obligation est, d'après notre définition, d'astreindre une personne envers une autre *à* DONNER, *à faire ou à ne pas faire quelque chose.* Ces expressions sont reproduites de l'art. 1101 qui lui-même les a empruntées pour partie à la loi romaine : *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum.* Le mot *donner,* comme le mot latin *dare* dont il est la traduction, signifie ici *transférer la propriété.* S'obliger à *donner*, c'est donc s'obliger à transférer la propriété d'une chose.

Une obligation suppose nécessairement deux personnes : l'une qui est liée, c'est le sujet passif de l'obligation, le *débiteur, debitor, is qui debet;* l'autre au profit de laquelle le lien existe, c'est le sujet actif de l'obligation, le *créancier, creditor,* de *credere, creditum,* croire, avoir confiance, parce que le créancier a suivi la foi du débiteur, il a compté sur sa loyauté, sur sa fidélité à tenir ses engagements, *credidit :* ce qui n'empêche pas que, si le débiteur ne s'exécute pas de bonne grâce, il pourra y être contraint par les voies légales.

L'obligation a donc deux faces, suivant qu'on l'envisage par rapport au débiteur ou par rapport au créancier. Pour le premier, dont elle restreint la liberté en le soumettant à une nécessité juridique, elle constitue une *charge;* on la désigne alors sous le nom d'*obligation passive* ou *dette;* elle figure dans son patrimoine comme une quantité négative, par conséquent au passif. Pour le second, le créancier,

l'obligation constitue un *droit;* elle augmente son patrimoine, où elle prend place à l'actif, et reçoit le nom de *créance* ou *obligation active.*

783. Sources des obligations. — Les obligations peuvent dériver de cinq sources : 1° le contrat; 2° le quasi-contrat (faits licites); 3° le délit; 4° le quasi-délit (faits illicites); 5° la loi.

Le contrat est la source la plus importante des obligations, parce qu'elle est de beaucoup la plus féconde. C'est pour ce motif sans doute que notre législateur a consacré un titre spécial, le titre III, aux obligations résultant des contrats (obligations conventionnelles), tandis qu'il a relégué les autres sous le nom d'*engagements* (obligations non conventionnelles) dans un deuxième titre, très bref d'ailleurs, le titre IV (art. 1370 à 1386). Ce qui n'empêche pas cette division d'être souverainement illogique. Pothier et Domat, qu'on peut considérer comme les vrais auteurs du titre *Des obligations,* avaient adopté un plan bien préférable; notre législateur leur a tout emprunté, sauf la méthode. Ici comme ailleurs, nous respecterons cependant son œuvre même dans ses imperfections, persuadé qu'il y aurait plus de préjudice que de profit pour nos jeunes lecteurs à modifier les grandes lignes du saint édifice au milieu duquel nous essayons de guider leurs premiers pas.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES

784. Définition de la convention ou contrat. — *Convention* vient de *venire cum,* se rencontrer, se réunir. C'est qu'en effet la *convention* ou contrat (ces expressions sont synonymes), est le résultat de l'accord de deux ou plusieurs personnes qui s'entendent pour former entre elles quelque obligation, ou pour éteindre ou modifier une obligation préexistante.

Pothier dit dans son *traité des obligations,* n. 3 : « Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention. — Une convention ou pacte (car ce sont termes synonymes) est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre au précédent ou pour le modifier : *duorum vel plurium in idem placitum consensus...* — L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle *contrat...* De là il suit... qu'on le doit définir : une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre, à lui donner quelque chose, ou à faire ou ne pas faire quelque chose ». Il est difficile de ne pas reconnaître cette définition de l'illustre auteur dans l'art. 1101, ainsi conçu : « *Le contrat est une » convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plu- » sieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

D'après le code civil, comme d'après Pothier, le *contrat* n'est donc qu'une espèce

particulière de convention, celle qui est faite en vue de créer quelque obligation. Mais cette dénomination ne comprendrait pas les autres conventions, notamment celles faites en vue d'éteindre une obligation; ces dernières devraient être désignées sous la dénomination pure et simple de *conventions*. Hâtons-nous de dire d'ailleurs que cette distinction entre le contrat et la convention ne présente aucun intérêt ni théorique ni pratique : ce qui explique que le législateur se soit empressé tout le premier de l'oublier à l'occasion. La confusion entre le contrat et la convention apparaît jusque dans la rubrique de notre titre : *Des* CONTRATS *ou des obligations* CONVENTIONNELLES *en général,* et on la trouve ailleurs, notamment dans les art. 1127 et 1128.

785. Différence entre le contrat et la pollicitation.—Avec le contrat il ne faut pas confondre la simple pollicitation. « Le contrat, dit Pothier, renferme le concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite, *pollicitatio est solius offerentis promissum* ». La pollicitation ne fait naître aucun droit au profit de celui à qui elle s'adresse, tant qu'il ne l'a pas acceptée; car nul ne peut acquérir un droit sans sa volonté; aussi jusque-là celui qui l'a faite peut-il la retirer.

§ I. *Divisions des contrats.*

786. Le code nous indique ici trois divisions des contrats : 1° contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux; 2° contrats de bienfaisance et contrats à titre onéreux; 3° contrats commutatifs et contrats aléatoires. Il en sous-entend une quatrième, celle des contrats nommés et innommés, dans l'art. 1107. Nous en ajouterons deux autres : 5° contrats principaux et contrats accessoires; 6° contrats consensuels, solennels ou réels.

I. *Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux.*

787. « *Le contrat est* synallagmatique *ou* bilatéral *lorsque les con-* » *tractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ». Ainsi s'exprime l'art. 1102.

Synallagmatique vient du grec συναλλαγμα qui signifie *contrat; synallagmatique* est donc synonyme de *contractuel.* D'après cette étymologie, le contrat synallagmatique serait un contrat contractuel : ce qui ne laisse que le vide dans l'esprit. Le mot *bilatéral* exprime beaucoup mieux ce qu'il veut dire : dérivé des deux mots latins *bis* et *latus, lateris,* il est merveilleusement choisi pour désigner les contrats qui produisent des obligations réciproques, *ex utroque latere.* Telle est la vente, dans laquelle le vendeur s'oblige à rendre l'acheteur propriétaire de la chose vendue et celui-ci à en payer le prix; tels sont encore l'échange, le louage, la société et beaucoup d'autres contrats.

« *Il* [le contrat] *est* unilatéral *lorsqu'une ou plusieurs personnes sont* » *obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces der-* » *nières il y ait d'engagement* » (art. 1103).

Il n'y a donc dans le contrat unilatéral d'engagement que d'un seul côté, *ex uno latere*. Tel est le contrat de prêt : l'emprunteur est tenu de l'obligation de restituer, à l'époque convenue, la chose même que le prêteur lui a livrée, s'il s'agit d'un *prêt à usage*, et une chose de même nature, s'il s'agit d'un *prêt de consommation;* mais le prêteur, lui, n'est tenu d'aucune obligation envers l'emprunteur. Il en est de même dans le dépôt.

La distinction des contrats en synallagmatiques et unilatéraux présente principalement de l'intérêt sous les trois points de vue suivants :

1° Aux termes de l'art. 1184 al. 1 : « La condition résolutoire est » toujours sous-entendue dans les contrats *synallagmatiques,* pour le » cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Cette disposition doit être considérée comme étrangère aux contrats unilatéraux.

2° Lorsque les parties veulent constater un contrat *synallagmatique* par un écrit *sous seing privé,* cet écrit doit être dressé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 1325). Un seul original suffit, s'il s'agit d'un contrat unilatéral.

3° Enfin l'art. 1326 contient une disposition spéciale à la promesse *unilatérale* de payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

788. Il y a des contrats dont la couleur semble assez indécise, et au sujet desquels on peut hésiter sur le point de savoir s'ils sont synallagmatiques ou unilatéraux. Tel est le dépôt. Au moment où le contrat se forme, c'est-à-dire au moment où le déposant remet la chose au dépositaire, nous ne voyons apparaître qu'une seule obligation, celle du dépositaire, qui s'oblige à restituer la chose à première réquisition au déposant, et le contrat semble par suite être unilatéral. Mais des faits postérieurs pourront faire naître une obligation à la charge du déposant envers le dépositaire : notamment le déposant sera tenu de rembourser au dépositaire les dépenses que celui-ci aurait été forcé de faire pour la conservation de la chose déposée (art. 1947), et alors le contrat semblera présenter les apparences d'un contrat synallagmatique, puisqu'il existera désormais des obligations des deux côtés, *ex utroque latere*. Il en est de même du mandat et du gage. Nos anciens auteurs considéraient ces divers contrats comme synallagmatiques; mais, pour les distinguer des autres contrats appartenant à cette catégorie, qui, au moment même de leur formation, engendrent immédiatement deux obligations, comme la vente, l'échange, le louage, ils

les appelaient *synallagmatiques imparfaits*. Ainsi, pour nos anciens auteurs, il y avait deux catégories de contrats synallagmatiques : les contrats synallagmatiques *parfaits*, qui, dès le moment même de leur formation, engendrent des obligations réciproques, et les contrats synallagmatiques *imparfaits*, qui, au moment de leur formation, n'engendrent qu'une seule obligation, mais peuvent éventuellement en engendrer une seconde à la charge de l'autre partie, par suite de certains faits postérieurs au contrat.

Le code civil ignore ce moyen terme des contrats synallagmatiques imparfaits. Naît alors la question de savoir si les contrats que nos anciens désignaient sous cette dénomination doivent aujourd'hui être considérés comme synallagmatiques ou comme unilatéraux : elle présente principalement de l'intérêt, ainsi que nous l'avons montré tout à l'heure, au point de vue de l'application des art. 1184 et 1325. Nous répondons sans hésiter qu'ils rentrent dans la classe des contrats unilatéraux. En effet, pour apprécier la nature d'un contrat, il faut se placer au moment où il se forme ; or à cette époque il n'y a qu'une des parties d'obligée ; bien plus, il peut arriver que l'autre ne le soit jamais, puisque son engagement dépend de faits postérieurs qui peuvent ne pas se produire. Comme le dit fort bien M. Colmet de Santerre : « S'il est vrai qu'il peut résulter de ces contrats des obligations réciproques, il ne l'est pas que les parties s'y obligent réciproquement ». Donc ce sont des contrats unilatéraux.

II. *Contrats de bienfaisance; contrats à titre onéreux.*

789. « *Le contrat* de bienfaisance *est celui dans lequel l'une des parties* » *procure à l'autre un avantage purement gratuit* » (art. 1105). Le plus important des contrats de bienfaisance est la donation ; il y en a d'autres, notamment le dépôt et le mandat.

Le contrat *à titre onéreux* est un contrat intéressé de part et d'autre, à la différence du contrat de bienfaisance, dans lequel *utilitas unius versatur* : c'est celui, comme le dit Pothier, qui se fait pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties. Telle est la vente : elle procure au vendeur une somme d'argent dont il peut avoir besoin, et à l'acheteur un bien à sa convenance. Le prêt à intérêt est aussi un contrat à titre onéreux : il permet au prêteur de tirer un revenu de son capital, et à l'emprunteur d'en obtenir la jouissance. On voit par ce dernier exemple que les contrats *à titre onéreux* ne sont pas toujours *synallagmatiques ;* car le prêt à intérêt est un contrat unilatéral. Par conséquent l'art. 1106 donne du contrat à titre onéreux une définition défectueuse, lorsqu'il dit : « *Le contrat* à titre onéreux *est celui qui assu-* » *jettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ». Les mots

qui assujettit chacune des parties donnent à entendre que le contrat titre onéreux est nécessairement synallagmatique : ce qui est inexact comme on vient de le voir.

En résumé, le contrat *de bienfaisance* ou *à titre gratuit* est celui qui procure à l'une des parties un avantage dont elle ne fournit pas la contre-valeur; le contrat *à titre onéreux,* au contraire, est celui dans lequel chaque partie paie l'avantage qu'elle retire du contrat, en effectuant à l'instant même ou en s'engageant à effectuer plus tard une prestation; et c'est pourquoi l'on dit qu'elle acquiert *à titre onéreux,* c'est-à-dire moyennant un sacrifice.

La distinction que nous venons d'étudier présente surtout de l'intérêt : 1° au point de vue de la perception des droits fiscaux; 2° au point de vue de l'erreur dans la personne (voyez l'explication de l'art. 1110); 3° au point de vue de la prestation des fautes (voyez l'explication de l'art. 1137); 4° au point de vue de la notion de l'acte de commerce : la gratuité est absolument incompatible avec la commercialité.

III. *Contrats commutatifs; contrats aléatoires.*

790. On lit dans l'art. 1104 : « *Il* [*le contrat*] *est* commutatif *lorsque* » *chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est re-* » *gardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait* » *pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de* » *perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le con-* » *trat est* aléatoire ».

Ainsi le louage est un contrat *commutatif :* l'obligation que contracte le locataire de payer le prix de location est considérée comme étant l'équivalent exact de celle que contracte le locateur de le faire jouir de la chose louée. Il en est de même de l'échange, de la vente moyennant un prix ferme ou une rente perpétuelle soit foncière, soit constituée.

Au contraire, l'aliénation à charge de rente viagère est un contrat *aléatoire,* parce qu'il y a une des deux prestations, celle de la rente, dont il est impossible de mesurer exactement l'importance, et qui suivant les circonstances pourra représenter une valeur de beaucoup supérieure ou de beaucoup inférieure à l'autre prestation dont elle est la contre-partie. Ainsi je vous vends un immeuble qui vaut 100,000 fr., moyennant une rente viagère de 10,000 fr. Si je vis trente ans, vous aurez dû me verser 300,000 fr. sous forme d'arrérages, et vous vous trouverez ainsi avoir payé le bien beaucoup plus cher qu'il ne vaut; mais, si je ne vis que quelques mois ou quelques années, vous aurez fait une excellente affaire. Il y a ici un *alea* pour les parties contractantes et c'est pour cela que le contrat est dit *aléatoire.*

* Il semble y avoir une certaine opposition de vues entre l'art. 1104 al. 2, qui nous représente les chances de gain ou de perte comme réciproques dans le contrat aléatoire, et l'art. 1964, d'où il paraît résulter que l'*alea* peut n'exister que pour l'une

des parties. L'art. 1104 al. 2, nous paraît plus exact. La chance de gain que court l'une des parties constitue évidemment une chance de perte pour l'autre ; car, si la première gagne, la seconde perdra, puisque c'est à ses dépens que le gain sera réalisé ; et réciproquement, la chance de perte que court l'une des parties constitue nécessairement une chance de gain pour l'autre, car ce qui sera perdu par celle-ci sera gagné par celle-là. C'est ce qu'on voit aisément par l'exemple cité tout à l'heure. Il en est ainsi, quoi qu'on en ait dit, même dans le contrat d'assurance. Il est vrai que l'assuré ne recevra jamais, en cas de sinistre, une somme supérieure à la valeur de sa chose, l'assurance ne pouvant pas être pour lui la source d'un profit ; d'où l'on a voulu conclure que l'assuré ne réalisera jamais un gain. L'assureur seul, dit-on, peut gagner : il gagnera le montant des primes, s'il ne se produit aucun sinistre dont il soit responsable ; quant à l'assuré, il peut seulement ne pas perdre. Les chances de gain ne sont donc pas réciproques, et la disposition de l'art. 1964 se trouve ainsi justifiée. — Mais on peut répondre qu'en recevant au cas de sinistre la valeur de sa chose, l'assuré se trouvera en définitive plus riche de tout ce qu'il aurait perdu sans l'assurance ; il fait donc un gain, et il gagne précisément ce que perd l'assureur, à la prime près. D'ailleurs il y a encore *alea* en ce qui concerne l'assuré, en ce sens qu'il paiera la prime pendant un temps plus ou moins long, suivant l'époque à laquelle le sinistre se produira.

L'art. 1104 paraît présenter la division des contrats en *commutatifs* et *aléatoires* comme une subdivision des contrats synallagmatiques. Argument des mots : *lorsque* CHACUNE *des parties s'engage*. Mais la vérité est qu'elle est une subdivision des contrats *à titre onéreux ;* ainsi le prêt à intérêt est *unilatéral*, ce qui ne l'empêche pas d'être en même temps *commutatif*. L'erreur que commet ici le législateur est le pendant de celle que nous avons déjà signalée dans l'art. 1106, qui paraît dire que les contrats synallagmatiques peuvent seuls être à titre onéreux.

Le principal intérêt de la division des contrats en commutatifs et aléatoires consiste en ce que les contrats à titre onéreux, qui, exceptionnellement, sont rescindables pour cause de lésion, cessent en général de l'être, lorsqu'au lieu d'être commutatifs ils revêtent le caractère aléatoire. Cpr. art. 889.

IV. *Contrats nommés ; contrats innommés.*

791. Il y a certains contrats que le législateur, à raison de leur importance et de leur fréquence, a prévus et réglés, pour épargner aux parties qui les font le soin d'entrer dans les détails, d'en indiquer par exemple les effets. Ces contrats ont un nom : vente, échange, louage, société, mandat... ; ce sont des contrats *nommés*. Il y en a d'autres qui sont demeurés étrangers aux prévisions du législateur, parce qu'ils sont d'un usage moins fréquent, et auxquels par suite il n'a pas donné de nom. On les désigne pour ce motif sous la dénomination générique de contrats *innommés*. Ils demeurent autorisés en vertu du grand principe de la liberté des conventions, et sous la seule condition de ne porter aucune atteinte à des dispositions législatives d'ordre public. En voici un exemple : Je vous charge de vendre tel immeuble qui m'appartient, moyennant 10,000 fr., et je conviens avec vous que, si vous le vendez davantage, l'excédent vous appartiendra.

La distinction qui nous occupe se trouve en germe dans l'art. 1107, ainsi conçu : « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre,*

» *soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont* » *l'objet du présent titre. — Les règles particulières à certains contrats* » *sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles parti-* » *culières aux transactions commerciales sont établies par les lois rela-* » *tives au commerce* ».

V. *Contrats consensuels; contrats solennels; contrats réels.*

792. I. Les contrats *consensuels* sont ceux à la perfection desquels suffit le seul consentement des parties, *qui solo consensu perficiuntur*, comme la vente, l'échange, le louage, la société, le mandat et beaucoup d'autres. Je vous propose de vous vendre ma maison moyennant un certain prix; vous acceptez cette proposition. Le contrat est parfait immédiatement : vous devenez de suite propriétaire de la maison, et moi créancier du prix. Le concours de nos deux volontés, concours qui constitue le consentement, a suffi pour produire ce double résultat. — Il importe peu qu'aucun écrit n'ait été dressé : l'écrit peut avoir de l'importance au point de vue de la preuve du consentement, si l'une des parties en conteste l'existence, *ad probationem;* mais il n'est pas nécessaire pour la formation du contrat dont ce consentement est la base. L'une des parties, qui d'ailleurs ne nierait pas avoir consenti, ne pourrait donc pas se dédire, sous prétexte que le contrat n'a pas été constaté par l'écriture. — Peu importe aussi que le contrat n'ait pas été suivi d'exécution, par exemple que, dans une vente, le vendeur n'ait pas livré la chose, ou que l'acheteur n'ait pas payé le prix; cette circonstance est indifférente au point de vue de la perfection du contrat, au point de vue de la formation des obligations qui en dérivent.

En règle générale, les contrats sont consensuels dans notre droit. *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles,* dit un vieil adage. Il serait encore mieux de dire qu'on lie les hommes par leur *consentement,* dont les paroles ne sont après tout que la manifestation. Cette règle souffre une double exception relativement aux contrats *solennels* et aux contrats *réels.*

II. On désigne sous le nom de contrats *solennels* ceux que la loi soumet à certaines formes qu'elle prescrit à peine de *nullité* ou mieux d'*inexistence* du contrat. Le consentement des parties est bien nécessaire pour la perfection de ces contrats comme de tous les autres, mais il ne suffit pas : il n'a aucune valeur aux yeux de la loi, s'il n'est pas manifesté dans la forme légale. En l'absence de ces formes, chaque partie est autorisée à dire : « J'ai consenti, je le reconnais; mais je refuse de faire ce que j'ai promis de faire, parce que mon consentement, n'ayant pas été donné dans la forme légale, ne m'oblige pas ».

C'est donc ici la forme qui donne l'existence à la chose, *forma dat esse rei.* Aussi, quand les parties passent des contrats de ce genre, ont-elles l'habitude, pour ne pas faire un acte nul, de se soumettre aux exigences de la loi quant à la forme : les formes prescrites sont donc ici *usitées,* parce qu'elles sont de rigueur, et c'est pourquoi, au dire de M. de Savigny, ces contrats ont été appelés *solennels,* de *solere, solemnis.*

La liste des contrats solennels n'est pas longue dans notre droit civil. Elle ne comprend que cinq termes : deux contrats relatifs aux personnes : le mariage et l'adoption, et trois relatifs aux biens : la donation (art. 931), le contrat de mariage (art. 1394 al. 1), et le contrat hypothécaire (art. 2127).

III. Les contrats *réels* sont ceux qui, outre le consentement des parties, exigent pour leur perfection la tradition ou livraison de la chose objet du contrat, *qui re perficiuntur.* Tel est le prêt (à usage ou de consommation peu importe) : il n'existe, et par suite l'obligation de restituer qu'il engendre à la charge de l'emprunteur ne prend naissance, que lorsque la chose qui en fait l'objet lui a été remise. Il en est de même du dépôt et du gage. Ces divers contrats produisant tous une obligation de *restituer,* c'est par la force même des choses qu'ils sont réels; car le bon sens dit assez que, pour être tenu de restituer, il faut avoir reçu. Jusque-là il peut bien y avoir une promesse valable de réaliser le contrat; mais le contrat lui-même n'existera que lorsque cette promesse aura été exécutée. Ainsi je puis valablement m'engager à vous prêter de l'argent ou à recevoir en dépôt une chose qui vous appartient; mais il n'y aura prêt ou dépôt que lorsque je vous aurai remis l'argent ou que j'aurai reçu le dépôt. En attendant il n'y aurait qu'un contrat innommé, obligatoire d'ailleurs comme toute convention licite.

VI. *Contrats principaux ; contrats accessoires.*

793. Les contrats *principaux,* dit Pothier, sont ceux qui existent principalement et pour eux-mêmes, comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt. Les contrats *accessoires* sont ceux qui interviennent pour assurer l'exécution d'un autre contrat : tels sont le cautionnement et l'hypothèque.

§ II. *Des trois choses qu'on doit distinguer dans tout contrat.*

794. D'après Pothier, il y a lieu de distinguer dans chaque contrat : 1° les choses essentielles; 2° les choses naturelles; 3° les choses accidentelles.

1. « Les choses *essentielles* sont celles en l'absence desquelles le contrat ne peut subsister; faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat ». Ainsi sont essentiels dans le contrat de vente, une chose, *res quæ veneat,* et un prix en argent, *pretium.* A défaut de chose ou de prix, il n'y a pas de contrat, et, si le prix consiste en une chose autre qu'une somme d'argent, il y a échange et non pas vente.

2. Les choses *naturelles* sont celles qui sont sous-entendues dans le contrat, lorsque les parties ne se sont pas expliquées, *quæ in contractu tacite veniunt*, mais qui, n'étant pas de l'essence du contrat, peuvent en être écartées par une stipulation formelle. Telle est la garantie dans le contrat de vente : les parties n'ont pas besoin de la stipuler pour qu'elle soit due; mais elles peuvent l'écarter par une stipulation expresse (art. 1627), sans que pour cela le contrat cesse d'exister ou change de nature. Ce sera toujours une vente, mais une vente sans garantie.

3. Les choses accidentelles sont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y peuvent être renfermées qu'en vertu d'une clause particulière : par exemple dans la vente le terme accordé à l'acheteur pour le paiement du prix, ou la faculté de payer le prix par fractions.

La loi va s'occuper dans le chapitre II des choses essentielles à la validité des conventions en général.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS

795. « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une con-* » *vention : — Le consentement de la partie qui s'oblige; — Sa capacité* » *de contracter; — Un objet certain qui forme la matière de l'engage-* » *ment; — Une cause licite dans l'obligation* » (art. 1108).

De ces quatre conditions, il y en a une, la capacité de contracter, qui n'est requise que pour la *validité* de la convention : en son absence la convention ne serait pas inexistante, mais seulement nulle ou annulable (arg. art. 1125). Les trois autres sont requises pour l'*existence* de la convention, de sorte que leur absence la rendrait inexistante.

Dans les contrats dits *solennels*, il y a une autre condition qui est indispensable pour la validité et même pour l'existence du contrat : c'est l'observation des formes prescrites par la loi. Notre article a pu se dispenser de la mentionner, soit parce qu'il énumère les conditions requises pour la validité ou l'existence de toutes les conventions en général, soit parce que, dans les contrats solennels, l'absence de la forme peut paraître se confondre avec l'absence du consentement, en ce sens que le consentement n'a pas d'existence aux yeux de la loi quand il n'est pas manifesté dans la forme qu'elle prescrit.

Suivent quatre sections, consacrées à chacune des quatre conditions qu'indique l'art. 1108.

SECTION PREMIÈRE

DU CONSENTEMENT

796. Le mot *consentement, consensus,* vient de *cum* et de *sentire : sentire cum alio*. Le consentement en effet est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un même point; il est la résultante de deux

ou plusieurs volontés qui s'unissent. *Consentire est in unam eamdemque sententiam concurrere.* On voit que le consentement est nécessairement un acte bilatéral, à la différence de la volonté qui est un acte unilatéral. Je puis bien *vouloir* seul ; mais je ne peux pas *consentir* seul, puisque le consentement est un concours de volontés. C'est donc avec raison qu'on a critiqué la disposition de l'art. 1108, qui ne parle que du consentement de *la partie qui s'oblige,* semblant donner ainsi à entendre que le consentement de la partie envers laquelle l'obligation est contractée n'est pas nécessaire. Toutes les parties doivent consentir; car l'accord, qui constitue le consentement, n'existe que lorsque la volonté de chacune d'entre elles s'est unie à celle de toutes les autres.

797. Comment se produira le concours de volontés qui constitue le consentement ? Avant de s'unir, les volontés se cherchent, puis se rencontrent. L'un des futurs contractants fera des offres à diverses personnes, jusqu'à ce qu'il en ait trouvé une disposée à les accepter.

L'offre, que l'une des parties fait ainsi en vue de préparer le contrat, d'amener sa conclusion, porte le nom de *pollicitation : pollicitatio est solius offerentis promissum.* Celui qui a fait cette offre n'est pas encore obligé, car il ne peut pas se lier par sa seule volonté; l'obligation constitue un droit pour celui au profit de qui elle est contractée, et nul ne peut acquérir un droit sans sa volonté. Il faut donc, pour que le lien se forme, que celui auquel l'offre a été faite l'accepte; alors, mais alors seulement, il y aura promesse *obligatoire,* la pollicitation se sera transformée en un contrat.

Celui à qui l'offre a été faite peut l'accepter tant qu'elle subsiste.

L'offre cesse de subsister :

1° Lorsque celui dont elle émane vient à mourir, ou lorsque quelque autre événement, tel qu'une sentence d'interdiction, le rend incapable de persévérer dans sa volonté;

2° Lorsque l'auteur de l'offre la retire : ce qu'il a le droit de faire tant qu'elle n'a pas été acceptée, car jusque-là il n'est pas lié. Il peut d'ailleurs la retirer dès qu'il le juge à propos, à moins qu'il n'ait été convenu expressément ou tacitement qu'il la laissera subsister pendant un certain temps. Le pollicitant qui retire son offre doit en informer l'intéressé, excepté quand il lui a imparti un délai *fatal* pour l'acceptation, auquel cas la pollicitation est de droit considérée comme non avenue par cela seul qu'elle n'a pas été acceptée dans le délai fixé.

797 *bis.* Suffit-il, pour que le consentement existe et que par suite le contrat se forme, que la pollicitation ait été acceptée? ou faut-il en outre que celui dont elle émane ait connaissance de l'acceptation ? On voit facilement l'intérêt de la question. S'il n'y a consentement et par suite contrat qu'à partir du moment où l'acceptation

de l'offre est parvenue à la connaissance du pollicitant, il pourra jusqu'à ce moment retirer utilement son offre, alors même qu'elle aurait été acceptée à son insu; si au contraire le contrat se forme au moment même de l'acceptation et avant que le pollicitant en ait été avisé, il ne pourra plus désormais se dédire. — Nous croyons qu'il n'y a consentement, et par suite contrat, que lorsque l'acceptation est parvenue à la connaissance de celui qui a fait l'offre. Ainsi je vous écris pour vous proposer de vous vendre 1,000 hectolitres de froment à 20 fr. l'hectolitre; plusieurs jours se passent; puis vous me répondez que vous acceptez ma proposition; le même jour, ignorant cette acceptation, je vous écris que je retire mon offre; nos lettres se croisent. Je ne serai point engagé, parce que j'ai retiré mon offre avant qu'elle fût devenue obligatoire. Sans doute, au moment où vous l'avez acceptée, elle subsistait encore; car je ne l'ai retirée que plus tard; votre volonté d'acheter a donc existé à une époque où ma volonté de vendre existait encore. Mais, pour qu'il y ait consentement et par suite contrat, il ne suffit pas que les volontés *coexistent,* il faut encore qu'elles *concourent,* c'est-à-dire qu'elles se touchent; or elles ne peuvent *concourir* que lorsque je connais votre acceptation. L'art. 932 fournit en faveur de cette solution un argument qui paraît décisif, en disposant que, lorsque l'acceptation du donataire n'est pas contenue dans l'acte même de donation, il ne suffit pas, pour que le donateur soit lié, que cette acceptation soit faite dans les formes légales, mais qu'elle doit en outre être notifiée au donateur, qui jusque-là pourrait se dédire, retirer son offre. On dit, il est vrai, que c'est là une décision spéciale à la donation, et qui tient à la défaveur dont le législateur l'entoure. Mais cette défaveur, qui explique très bien les formes rigoureuses auxquelles le législateur soumet les donations, n'expliquerait nullement la particularité dont il s'agit. — La jurisprudence et la doctrine sont divisées sur cette question. On invoque surtout, en faveur de la solution contraire à celle qui vient d'être développée, deux arguments, puisés l'un dans l'art. 1121 *in fine,* l'autre dans l'art. 1985 al. 2; mais ils sont tirés l'un et l'autre du silence de la loi, ce qui leur enlève une grande partie de leur valeur. Dans notre sens, Orléans, 26 juin 1885, Sir., 86. 2. 30.

Les négociants, qui annoncent dans des circulaires, prospectus, affiches... les prix et conditions de leur négoce, sont dans un état permanent d'offres à l'égard du public, tant qu'ils ne les ont pas retirées, de telle sorte que la demande conforme à ces conditions constitue une acceptation, et forme, dès qu'elle est parvenue à leur connaissance, le lien de droit. Ainsi un entrepreneur de transports annonce par la voie des journaux qu'il transportera telles marchandises de tel lieu dans tel autre à tant la tonne; tous ceux qui présentent des marchandises de cette nature et offrent de payer le prix convenu peuvent exiger qu'elles soient transportées. La jurisprudence en a conclu encore que, si une marchandise a été mise à l'étalage à un prix indiqué, dès qu'un acheteur déclare vouloir la prendre à ce prix, le marchand est obligé de la livrer pour le prix affiché, et doit, en cas de refus, être condamné à des dommages et intérêts. Tribunal de commerce de la Seine, jugement du 5 janvier 1869, Dall. pér., 1869. 3. 14.

798. Le consentement peut en principe être manifesté soit *expressément* (par écrit, par paroles ou même par signes), soit *tacitement, eadem vis est expressi atque taciti consensus.* Le consentement tacite résulte d'actes qui en font nécessairement supposer l'existence. On en trouve des exemples dans les art. 1738 et 1759, relatifs à la *tacite réconduction,* et dans l'art. 1985 al. 2. En cas de contestation sur la signification des faits d'où l'on prétend faire résulter le consentement tacite, c'est au juge qu'il appartiendra de statuer : sa règle de conduite

doit être de n'admettre l'existence du consentement tacite qu'en vertu de faits qui ne peuvent laisser planer aucun doute sur la volonté de leur auteur.

§ I. *Des vices du consentement.*

799. Aux termes de l'art. 1109 : « *Il n'y a point de consentement » valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été » extorqué par violence ou surpris par dol* ». Les vices, qui peuvent altérer le consentement au point de le rendre nul (ce qui entraînera par voie de conséquence la nullité du contrat lui-même), sont donc l'erreur, la violence et le dol. Il faut ajouter la *lésion* dans certains cas exceptionnels.

N° 1. De l'erreur.

800. Suivant Donneau, l'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux et faux ce qui est vrai. La définition de M. de Savigny est plus élégante : « L'erreur, dit-il, est la fausse notion que nous avons d'une chose ». La puissance la plus élevée de l'erreur est l'ignorance, qui n'est autre chose que l'absence de toute notion. En droit, les effets de l'ignorance sont en général les mêmes que ceux de l'erreur.

L'erreur dont l'un des contractants a été victime, exerce sur son consentement une influence plus ou moins délétère suivant les circonstances. Dans certains cas, elle est exclusive du consentement ; alors le contrat ne se forme pas, parce qu'il manque d'un des éléments essentiels à son existence : l'erreur rend donc ici le contrat *inexistant*. Dans d'autres cas, l'erreur, sans faire disparaître le consentement, le vicie d'une manière grave ; elle est alors une cause de *nullité* du consentement et par suite du contrat. Dans d'autres cas enfin, l'erreur est sans influence sur la validité du contrat, parce qu'elle n'altère pas d'une manière assez profonde la moralité du consentement.

Examinons successivement ces diverses hypothèses.

I. *Cas dans lesquels l'erreur rend le contrat inexistant.*

801. L'erreur est exclusive du consentement, et rend par suite le contrat inexistant dans trois cas :

1° *Lorsqu'elle porte sur la nature de la convention.* Je vous propose de vous vendre un objet mobilier moyennant un certain prix ; vous comprenez que je propose de vous le donner, et vous prenez livraison de l'objet, déclarant que vous acceptez ma proposition. Il n'y a ni vente ni donation, parce qu'il n'y a pas consentement. Nous avons voulu deux choses différentes ; par conséquent nos deux volontés ne se sont pas rencontrées, elles n'ont pas concouru ; nous ne sommes pas d'accord, il n'y a rien de fait ;

2° *Lorsqu'elle porte sur l'objet de la convention.* Je vous propose de vous vendre, moyennant un certain prix, ma maison de Bordeaux; vous entendez qu'il s'agit de ma maison de Libourne, et vous acceptez. Ici encore l'erreur, dans laquelle vous êtes tombé, empêche votre volonté de rencontrer la mienne; il n'y a donc pas consentement, puisqu'il n'y a pas accord. C'est un *malentendu,* de même que dans l'hypothèse précédente. Dans l'un et l'autre cas, il est vrai de dire avec la loi romaine : *Non videntur consentire qui errant. Nullus errantis consensus. Errantis voluntas nulla est;*

3° *Lorsqu'elle porte sur l'existence même de la cause de l'obligation,* c'est-à-dire lorsqu'elle consiste à croire que l'obligation a une cause, alors qu'en réalité elle n'en a pas. En d'autres termes, l'obligation sur fausse cause est inexistante. Voyez l'explication de l'art. 1131.

Dans ces trois cas, nous le répétons, l'erreur dans laquelle sont tombés les contractants empêche le consentement d'exister, et par suite le contrat de se former. Le législateur n'en parle pas dans notre section, où il s'occupe seulement des *vices* du consentement : ce qui suppose un consentement existant.

II. *Cas dans lesquels l'erreur est une cause de nullité du contrat.*

802. Il peut arriver que l'erreur dans laquelle est tombée l'une des parties, sans faire disparaître son consentement, le vicie très profondément. Alors le consentement ne sera pas valable, et le contrat auquel il a donné naissance sera *nul* ou *annulable* (expressions synonymes). Cela arrive lorsque l'erreur dans laquelle est tombée l'une des parties est *substantielle,* et l'art. 1110 va nous dire dans quels cas elle présente ce caractère : « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. — Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ».

Ainsi l'erreur est substantielle dans deux cas : 1° lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose; 2° lorsqu'elle tombe sur la personne avec qui l'on a contracté, alors du moins qu'il s'agit d'un contrat fait *intuitu personæ.*

Premier cas. *Erreur sur la substance même de la chose. — Substance* est ici synonyme de *qualités substantielles.* La loi désigne par cette expression les qualités de la chose, que les parties ou l'une d'elles ont eues principalement en vue en contractant, celles sans lesquelles elles n'auraient pas contracté. L'erreur sur une semblable qualité entraînera la nullité du contrat, parce qu'elle vicie très profondément le consentement. Au contraire, l'erreur sur une qualité non substantielle,

c'est-à-dire sur une qualité dont l'absence connue des parties ne les aurait pas empêchées de contracter, ne sera pas une cause de nullité.

La question de savoir si une qualité est ou non substantielle présente donc une extrême importance. C'est une question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation. On ne peut que citer des exemples. En voici un emprunté à Pothier : J'achète une paire de chandeliers que je crois être d'argent et que le marchand m'a présentés de bonne foi comme tels, mais qui ne sont en réalité que de cuivre argenté. Il y a erreur sur la substance de la chose, et la vente est nulle; car, voulant des chandeliers d'argent, je n'aurais pas acheté, si j'avais su que ceux qu'on m'offrait étaient de cuivre. Cependant, si les chandeliers avaient été achetés comme objet d'art ou comme antiquité, l'erreur sur la matière pourrait n'être pas substantielle; la matière est souvent d'importance tout à fait secondaire pour un antiquaire. Pothier n'ajoute pas cette restriction; de son temps la fièvre des antiquités n'avait pas encore fait son invasion.

Autre exemple : J'achète un tableau que je crois être de Raphaël et qui n'est qu'une copie portant une fausse signature. Il y a erreur de ma part sur une qualité substantielle de la chose; car, tant vaut le peintre, tant vaut le tableau; la vente est nulle. Il en sera de même si j'ai acheté, le croyant ancien, un objet d'art qui se trouve être en réalité de fabrication récente, et auquel je n'attachais de prix qu'à cause de son antiquité présumée. Paris, 14 décembre 1882, Sir., 83. 2. 69, et Cass., 26 octobre 1886, Sir., 87. 1. 153.

Dernier exemple, emprunté également à la jurisprudence : Je vous vends la *nue propriété* d'un bien dont l'usufruitier est mort la veille, à mon insu. Il y a erreur de ma part sur une qualité substantielle de la chose : je la croyais grevée d'usufruit, et en réalité elle ne l'était plus; la vente est nulle.

Deuxième cas. *Erreur sur la personne.* En règle générale, l'erreur sur la personne de celui avec qui l'on contracte n'est pas une cause de nullité du contrat, parce que la plupart du temps on contracte en vue d'un résultat et non en vue d'une personne. Ainsi un libraire vend un livre qu'on lui paie comptant; que lui importe que ce soit à Pierre ou à Paul? Si donc il s'est trompé sur la personne de l'acheteur, cette erreur sera indifférente.

Cette règle souffre exception dans les contrats qui sont faits principalement en considération de la personne, *intuitu personæ.* L'erreur sur la personne devient alors substantielle, parce que la personne est la cause déterminante du contrat. Il en est ainsi dans le contrat de donation. La donation est inspirée par un sentiment de bienveillance et d'affection toute personnelle; si donc il y a eu de la part du donateur erreur sur la personne du donataire, s'il a donné à Pierre croyant donner à Paul, il y a erreur substantielle, le consentement du donateur est vicié, le contrat est nul. De même l'erreur commise sur la personne d'un peintre auquel j'ai commandé un tableau, serait une cause de nul-

lité de la convention; car le talent et par suite la personne de l'artiste sont la principale cause de la convention. Le prêt, la société et le mandat sont aussi des contrats où la considération de la personne joue un rôle important, déterminant, et dans lesquels par suite une erreur sur la personne pourra être une cause de nullité.

* **803.** L'erreur sur les qualités substantielles de la chose, ou l'erreur sur la personne lorsque le contrat est fait *intuitu personæ,* ne peut-elle être une cause de nullité du contrat qu'autant qu'elle est commune aux deux parties contractantes? ou bien suffit-il qu'elle existe chez l'une d'elles? La question nous semble devoir être résolue dans ce dernier sens. Dans le texte de la loi, rien ne laisse supposer que l'erreur doive exister des deux côtés à la fois pour être une cause de nullité; on ne saurait donc exiger cette condition. D'autre part, il est bien certain que le dol et la violence entraînent la nullité du contrat, lorsqu'ils ont vicié le consentement d'une seule des deux parties; pourquoi donc l'erreur n'aurait-elle pas la même puissance; par quelle secrète raison devrait-elle nécessairement avoir vicié les deux consentements pour être une cause de nullité? Une différence sur ce point entre la violence et le dol d'une part, et l'erreur d'autre part, est d'autant moins admissible que les art. 1109 et 1117 paraissent mettre ces trois causes de nullité sur la même ligne. Au surplus, on ne conteste guère cette solution en ce qui concerne l'erreur sur la personne ; tout le monde ou à peu près admet qu'il suffit qu'elle existe chez l'une des parties : on a bien compris qu'une erreur unilatérale sur la personne sera déjà extrêmement rare, et qu'exiger une erreur bilatérale équivaudrait presque à supprimer cette cause de nullité. Mais alors il devient de plus en plus difficile de ne pas appliquer la même solution à l'erreur sur les qualités substantielles de la chose; car on ne voit guère comment pourrait se justifier une différence à ce point de vue entre les deux espèces d'erreur, pourquoi celle-ci devrait être bilatérale, tandis qu'il suffirait que celle-là fût unilatérale.

Pour achever notre démonstration et prouver en même temps que la solution que nous avons adoptée n'est pas aussi contraire à l'équité qu'on a bien voulu le dire, prenons une espèce. J'ai acheté des flambeaux en laiton argenté, les croyant en argent. Si le vendeur me les a présentés comme tels, soit qu'il connût la vérité, auquel cas il y a complication de dol, soit qu'il fût lui-même dans l'erreur sur ce point, auquel cas il y a bonne foi de sa part, tout le monde admet que je pourrai demander la nullité du contrat, et rien n'est plus juste assurément. Mais supposons que j'aie acheté ces flambeaux, les croyant en argent, d'un marchand qui connaissait la matière dont ils étaient formés, et qui ne me l'a pas indiquée parce que je ne lui ai adressé aucune question à ce sujet et qu'il me croyait édifié sur ce point. D'après la solution que nous avons adoptée, je pourrai, même dans ce cas, faire prononcer la nullité du contrat. — On crie à l'injustice. Le vendeur, qui est irréprochable dans l'espèce, va perdre le bénéfice de son marché par suite d'une circonstance toute personnelle à l'acheteur! Nous pourrions nous borner à répondre que l'iniquité d'une solution ne suffit pas pour la condamner, si elle est conforme à la loi. Mais l'iniquité est-elle bien aussi grande qu'on le dit ? Remarquons tout d'abord que l'acheteur réussira difficilement dans sa demande en nullité; car le succès en est subordonné à la preuve de son erreur, et cette preuve sera fort difficile dans les conditions dont il s'agit. En supposant d'ailleurs que l'acheteur parvienne à établir son erreur, il ne pourra pas se disculper la plupart du temps d'avoir commis une faute ou au moins une négligence grave, en omettant de demander des renseignements à son vendeur qui l'aurait éclairé : ce qui le rendra passible de dommages et intérêts envers le vendeur pour le préjudice qu'il lui cause en faisant annuler

le contrat. Arg. art. 1382. Le vendeur ne perdra donc pas tout à fait le bénéfice de son marché, puisqu'il recevra une indemnité.

Dans l'espèce qui précède, nous avons supposé une erreur unilatérale de la part de l'acheteur ; la solution devrait être semblable en supposant une erreur unilatérale du côté du vendeur.

III. *Cas dans lesquels l'erreur est sans influence sur la validité du contrat.*

804. Dans toutes les hypothèses autres que celles que nous venons de passer en revue, l'erreur n'empêche pas le contrat d'être valable. Ainsi on ne doit pas considérer comme causes de nullité :

1° L'erreur sur les qualités non substantielles de la chose objet du contrat ;

2° L'erreur sur la valeur de cette chose ; une semblable erreur se confond avec la lésion, qui en principe n'est pas une cause de nullité des contrats (art. 1118) ;

3° L'erreur sur la personne avec qui on a voulu contracter, lorsque la considération de cette personne n'était pas la cause déterminante de la convention ;

4° Enfin l'erreur sur les motifs du contrat. Ainsi j'achète un cheval ; le motif qui me détermine à faire cet achat, c'est la nouvelle que je viens de recevoir de la mort d'un de mes chevaux ; mais il se trouve que cette nouvelle est fausse. L'erreur dans laquelle je suis tombé sur le motif du contrat ne m'autorisera pas à le faire annuler.

* D'ailleurs, dans les cas où elle réunit les conditions exigées par la loi pour être une cause de nullité, il importe peu que l'erreur soit *de fait* ou *de droit, lex non distinguit.*

N° 2. **De la violence.**

805. La violence, *vis,* consiste dans des voies de fait ou des menaces exercées contre une personne pour lui arracher un consentement qu'elle ne veut pas donner. La violence agit par la crainte qu'elle inspire, *metus.* Il est évident qu'elle vicie profondément le consentement, *nil tam consensui contrarium est quam vis atque metus;* aussi la loi en fait-elle une cause de nullité du contrat qu'elle a inspiré. Ainsi un mari surprend sa femme en flagrant délit d'adultère ; le revolver à la main, il menace de mort le complice, s'il ne consent pas à signer une reconnaissance de 100,000 fr., causée pour prêt. Il faut signer ou périr ! De ces deux maux le complice choisit celui qu'il considère comme le moindre, il signe. Ces faits étant prouvés, on le suppose, le juge, sur la demande du complice, n'hésitera pas à prononcer la nullité de l'obligation. — Ainsi qu'on le voit par cet exemple, qui malheureusement n'est pas de pure théorie et qui a été choisi à dessein parce qu'il contient un des cas où la violence atteint son plus haut degré d'intensité, la violence n'est pas exclusive du consentement,

comme on pourrait le croire au premier abord. En effet, celui contre qui elle est dirigée peut se dispenser de consentir en subissant le mal dont on le menace, ou seulement en s'exposant à le subir, car souvent la menace n'est qu'un moyen d'intimidation. Nous venons de le dire, de deux maux il choisit le moindre, *ex duobus malis minimum eligit*. Mais, s'il fait un choix, il consent donc. *Qui mavult, vult,* dit la loi romaine, et ailleurs : *coacta voluntas nihilominus est voluntas*. Par suite le contrat se forme; mais il est imparfait, parce que le consentement qui lui sert de base est profondément vicié. La loi permet à la victime de la violence d'en demander la nullité.

Nous ne parlons pas, comme la plupart des auteurs, du cas où on aurait forcé quelqu'un à signer en lui tenant la main et en la dirigeant malgré lui. Quelle signature! Et puis, à quoi bon prévoir et discuter une hypothèse qui ne s'est jamais présentée et ne se présentera vraisemblablement jamais.

806. Pour qu'un contrat soit susceptible d'être annulé en vertu de la cause qui nous occupe, il faut que le consentement de l'une des parties ait été *extorqué par violence* (art. 1109), c'est-à-dire qu'il soit le fruit d'une violence exercée dans le but de l'obtenir, et non le résultat accidentel d'une violence exercée dans un tout autre but. Ainsi des assassins se précipitent sur moi; j'appelle au secours; un passant répond à mon appel, et je lui promets 20,000 fr. s'il me délivre; le passant accepte, et au péril de sa propre vie il met les assassins en fuite. Je ne pourrai pas faire annuler mon engagement pour cause de violence. Pothier, qui propose un exemple analogue, ajoute : « Néanmoins, si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m'a été rendu ». Cette restriction est fort équitable; mais, dans le silence de notre loi, il paraît difficile de l'admettre, car elle est contraire au droit strict. Il y aurait seulement à examiner en fait si le trouble causé par la violence n'a pas été jusqu'à faire perdre l'usage de la raison à celui qui a fait une semblable promesse, auquel cas l'obligation serait inexistante pour défaut de consentement; dans cette hypothèse, celui à qui la promesse a été faite en serait réduit à demander le prix de son service par une action de gestion d'affaires.

D'après ce qui vient d'être dit, il est difficile d'approuver un arrêt de la cour de cassation du 27 avril 1887 (Sir., 87. 1. 372) rendu dans l'espèce suivante. Un navire échoue par gros temps, non loin du port; il va périr corps et biens; le capitaine fait des signaux de détresse; un remorqueur répond à son appel, au prix des plus grands périls; mais le patron se montre exigeant pour les conditions du renflouement : il demande un prix exorbitant, que le capitaine du navire échoué s'engage à payer. La cour de cassation a jugé que cet engagement était nul pour cause de violence, et qu'il y avait lieu seulement d'allouer au remorqueur la juste rémunération du service rendu. La décision nous paraît vulnérable. Y avait-il dans l'espèce, ainsi que l'exige l'art. 1109, un consentement EXTORQUÉ PAR LA VIOLENCE. La formule légale ne donne-t-elle pas très clairement à entendre que la violence doit être l'œuvre d'une personne qui l'exerce en vue d'obtenir le consentement?

807. Caractères que doit avoir la violence pour entraîner la nullité d'un contrat. — Ils sont indiqués par l'art. 1112, ainsi conçu : « *Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur* » *une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'ex-* » *poser sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.* —

» *On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des* » *personnes* ».

La loi romaine exigeait, pour que la violence pût être une cause de nullité, qu'elle fût de nature à ébranler les plus fermes courages, *quæ in homine constantissimo cadat.* Notre article adoucit singulièrement cette rigueur, en disant que la violence doit être « de nature à faire impression *sur une personne raisonnable* ». Et encore ce principe, duquel il paraît résulter que la gravité de la violence doit être envisagée d'une manière abstraite, *in abstracto,* est-il fortement tempéré, pour ne pas dire détruit, par la partie finale de l'article, qui dispose qu' « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition » des personnes » : ce qui revient à dire que la gravité de la violence doit être appréciée par rapport à celui qui en a été victime, *in concreto.*

La loi aurait pu s'en tenir là. Elle ajoute, et ce n'est sans doute qu'un développement de l'idée qui précède, que, pour que la violence soit une cause de nullité, il faut qu'elle inspire à celui contre qui elle est exercée « la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal » considérable et *présent* ». — Il est douteux que cette formule traduise exactement la pensée de la loi. Ce qui doit être présent, ce n'est pas précisément le mal que contient la menace, mais bien la crainte inspirée par cette menace, *metum præsentem, non suspicionem inferendi ejus,* disait la loi romaine. Ainsi, la menace qui m'est faite d'incendier ma maison, n'étant pas susceptible par sa nature même d'être réalisée immédiatement, ne m'inspirera pas la crainte d'un *mal présent,* mais elle pourra m'inspirer une *crainte présente* d'un mal considérable, et il n'est pas douteux qu'elle puisse être une cause de nullité du consentement qu'elle a servi à m'extorquer et du contrat auquel il sert de base. — Peut-être aussi la loi a-t-elle voulu dire que le mal dont on est menacé doit être un mal de nature à se réaliser immédiatement ou dans un avenir prochain : il paraîtrait difficile en effet de considérer comme une cause de nullité du consentement la menace d'un mal, qui ne serait de nature à se réaliser que dans un avenir très éloigné. L'expression *mal* IMMINENT aurait mieux rendu cette pensée.

Pothier ajoute, et les interprètes modernes répètent avec raison après lui, que la violence n'est une cause de nullité qu'autant qu'elle est injuste, *adversus bonos mores.* Ainsi il n'y aurait pas lieu d'annuler l'hypothèque, qu'un créancier se serait fait consentir par son débiteur en le menaçant de le poursuivre et de le faire exproprier. En agissant ainsi, le créancier ne fait qu'user de son droit; il pourrait faire exproprier son débiteur, à plus forte raison peut-il l'en menacer pour obtenir une sûreté. Cass., 25 février 1879, Sir., 79. 1. 273. Il en pourrait être autrement, si l'usage d'une voie légale, ou la menace d'en user, n'avait été de la part de l'un des contractants qu'un moyen d'intimidation mis en œuvre pour obtenir le consentement de l'autre. Cass., 19 février 1879, Sir., 80. 1. 62.

808. D'ailleurs la violence peut être une cause de nullité, non seulement lorsqu'elle a été dirigée contre celui dont elle a servi à extorquer le consentement, mais aussi lorsqu'elle l'a été contre d'autres personnes pour lesquelles la loi lui suppose une affection sans bornes, et dont elle donne dans l'art. 1113 une liste qui doit à notre avis être considérée comme limitative. Ce texte est ainsi conçu : « *La violence » est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été » exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur » son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants* ».

— *Sur ses descendants.* Cette disposition ayant son fondement rationnel dans l'affection résultant des liens du sang, on en conclut en général avec raison que la loi comprend ici sous le nom de *descendants* les enfants naturels aussi bien que les enfants légitimes, mais non les enfants adoptifs.

809. « *La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre » ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour » annuler le contrat* » (art. 1114).

La crainte *révérentielle* est la crainte que nous avons de déplaire à certaines personnes que nous *révérons* par affection et par devoir. A elle seule elle ne vicie pas le consentement qu'elle a inspiré. Sans doute l'ascendant, qui exploite le respect que lui témoigne son descendant pour faire souscrire à celui-ci un engagement contraire à ses intérêts, commet une grave indélicatesse ; mais en définitive on ne peut pas dire que le consentement donné sous l'empire de la crainte révérentielle soit un consentement *extorqué*, que ce ne soit pas un consentement libre. Aussi la loi maintient-elle le contrat.

Il faut supposer bien entendu, ainsi que le dit d'ailleurs formellement notre article, que la violence n'est pas venue se joindre à la crainte révérentielle; car autrement la crainte révérentielle, loin d'être une circonstance atténuante, ne pourrait être qu'une circonstance aggravante de la violence; à tel point que le juge serait peut-être autorisé en pareil cas à se montrer moins exigeant en ce qui concerne la gravité de la violence. D'après ce principe, une décision judiciaire a pu annuler un contrat, consenti par une jeune fille enceinte, sous l'empire de la menace que sa mère lui avait faite de l'abandonner seule pendant les douleurs de l'enfantement.

810. Effets de la violence. — La violence, quand elle présente les caractères indiqués par l'art. 1112, vicie le consentement et par suite le contrat dont il est la base. Aussi donne-t-elle naissance à une action en nullité, sous le coup de laquelle le contrat devra succomber. Le contrat, remarquons-le bien, n'est pas *inexistant,* il est seulement *nul* ou *annulable;* car la violence n'empêche pas le consentement d'exister et le contrat de se former. L'art. 1115 déduit prématurément une conséquence de ce principe, lorsqu'il dispose que « *Un contrat ne » peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la vio- » lence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacite-*

» *ment, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi* ». Cette règle n'est point particulière à la violence; elle s'applique aussi au dol. Nous la retrouverons sous l'art. 1304, où est le siège de la matière.

Enfin observons en terminant que les effets de la violence sont toujours les mêmes, quel qu'en soit l'auteur. C'est ce qui résulte de l'art. 1111, ainsi conçu : « *La violence exercée contre celui qui a con-* » *tracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été* » *exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a* » *été faite* ». Nous verrons sous l'art. 1116 qu'il en est autrement du dol : il n'est une cause de nullité que lorsqu'il émane de la personne même avec qui l'on contracte; nous indiquerons plus tard les motifs de cette différence.

N° 3. Du dol.

811. Définition. — Labéon définit le dol : *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam;* et Ulpien, qui rapporte cette définition célèbre, ajoute : *Labeonis definitio vera est* (l. 1, § 2, D., *De dolo malo,* IV. 3). Pothier la résume en ces termes : « On appelle dol toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre ». Ce que Pothier appelle *artifice,* l'art. 1116 l'appelle *manœuvre,* expression qui est peut-être encore plus significative et qui paraît répondre au mot *machinatio* de Labéon.

La définition de Labéon, que nous venons de rapporter, s'applique à ce que les Romains appelaient *dolus malus.* On opposait au *dolus malus,* que la loi réprouve, le *dolus bonus,* qu'elle *tolère* sans cependant l'encourager. Le *dolus bonus,* ou *dolertia,* était celui que l'on pratiquait pour défendre des intérêts légitimes, surtout contre un ennemi ou un voleur : *maxime si adversus hostem aut latronem quis machinetur.* Nous ne connaissons plus aujourd'hui la distinction du *dolus bonus* et du *dolus malus ;* le mot *dol* emporte toujours l'idée de manœuvres réprouvées par la loi ; toute manœuvre qui n'a pas ce caractère ne constitue pas un dol.

812. Conditions requises pour que le dol entraîne la nullité d'un contrat. — Aux termes de l'art. 1116 : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. — Il ne se présume pas, et doit être prouvé* ».

Deux conditions sont donc requises pour que le dol soit une cause de nullité d'un contrat : il faut d'abord que les manœuvres, sous l'influence desquelles l'une des parties a contracté, aient été pratiquées par l'autre partie; il faut ensuite qu'elles soient de telle nature qu'en leur absence la victime du dol n'aurait pas contracté.

813. Première condition. Il faut que le dol dont l'une des parties a

été victime ait été pratiqué par l'autre, ou tout au moins que celle-ci en soit complice (1). Le dol ne sera donc pas une cause de nullité, s'il est l'œuvre exclusive d'un tiers. Cette distinction entre le dol émané de l'une des parties et celui auquel elle est demeurée étrangère se justifie facilement. Il est tout simple que la loi autorise la partie, qui a contracté sous l'influence du dol, à demander la nullité du contrat, lorsque le dol émane de l'autre partie : c'est la réparation, aussi adéquate que possible, du préjudice causé par le dol, et elle est obtenue aux dépens du coupable. Leçon excellente et bien méritée ! Il en est tout autrement, lorsque le dol est l'œuvre exclusive d'un tiers. Annuler le contrat dans ce cas, ce serait réparer le préjudice causé par le dol aux dépens d'un autre que le coupable, aux dépens du cocontractant qui en est innocent, nous le supposons. La loi n'a pas voulu consacrer cette injustice : elle maintient le contrat dans cette hypothèse, sauf à celle des parties qui a été trompée à agir en dommages et intérêts contre l'auteur du dol, en vertu du principe général consacré par l'art. 1382.

On voit, et nous l'avons déjà remarqué par anticipation, que les effets du dol sont moins puissants que ceux de la violence. La violence est une cause de nullité du contrat, quel qu'en soit l'auteur (art. 1111), tandis que le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'il émane de la partie avec qui l'on a contracté. Pourquoi cette différence ? La situation de celui qui contracte sous l'étreinte de la violence est plus fâcheuse que la situation de celui qui contracte sous l'empire du dol, et elle demandait une protection plus énergique. En effet, quel que soit l'auteur de la violence, celui qui la subit est dans la même impossibilité de s'y soustraire ; il n'y avait donc pas lieu de distinguer d'où part la violence, il fallait venir dans tous les cas au secours de la partie violentée, en lui permettant de demander la nullité du contrat. Il en est tout autrement du dol : son empire n'est pas irrésistible comme celui de la violence ; avec quelque habileté on peut y échapper. Celui qui a contracté sous l'influence du dol paraît surtout peu digne de protection quand il s'est laissé tromper par un tiers, parce qu'il aurait pu le plus souvent contrôler l'exactitude des assertions qui l'ont induit en erreur, en se renseignant auprès de celui avec qui il contractait. D'ailleurs, comme on l'a vu, l'autoriser en pareil cas à demander la nullité du contrat, c'eût été faire supporter les conséquences du dol à celui qui ne l'a pas commis. Dans ces conditions, le recours contre l'auteur des manœuvres dolosives a paru suffisant. Si la loi se fût bornée à concéder un semblable recours à celui qui a contracté sous l'empire d'une violence commise par un tiers, elle lui eût accordé dans la plupart des cas une protection illusoire ; car souvent l'auteur de la violence sera inconnu, *metus habet in se ignorantiam*, et, à supposer qu'il soit connu, il sera presque toujours insolvable : la violence est ordinairement l'œuvre de gens sans aveu, et les gens sans aveu sont généralement sans ressources.

814. Deuxième condition. Les manœuvres doivent être telles *qu'il soit évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.*

(1) D'après la jurisprudence, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait complicité de la partie à laquelle le dol doit profiter, qu'elle se soit associée aux manœuvres dolosives pratiquées par un tiers ; il suffit que, connaissant ces manœuvres, elle ait négligé de les dévoiler. Une simple réticence peut donc ici constituer la complicité.

Nous tirerons de là deux déductions :

1° Le dol postérieur à la conclusion du contrat ne saurait en aucun cas être une cause de nullité. Cass., 30 avril 1884, Sir., 85. 1. 366;

2° Il faut en dire autant des manœuvres dolosives, pratiquées par l'une des parties à une époque où le contrat est déjà arrêté en principe et pendant le cours des négociations. En effet, puisqu'on suppose que la partie était déjà décidée à contracter, le dol pratiqué contre elle n'aura pas eu pour résultat de la déterminer à contracter, mais seulement de lui faire accepter des conditions moins avantageuses. Nous n'avons pas ici par conséquent les manœuvres dont parle l'art. 1116, des manœuvres *sans lesquelles l'autre partie n'aurait pas contracté*. Et toutefois cette décision ne saurait être absolue. Un dol, pratiqué alors que le contrat est déjà arrêté en principe, peut avoir eu pour résultat d'empêcher la partie qui en a été victime de découvrir l'existence de certaines circonstances qui l'auraient infailliblement fait renoncer au contrat. Il est alors littéralement vrai de dire que, *sans ces manœuvres, elle n'aurait pas contracté*, et par suite le dol sera une cause de nullité, aux termes de notre article.

D'ailleurs la question de savoir si les manœuvres sont telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, est une question de fait, pour la solution de laquelle le juge jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation. Cass., 13 janvier 1885, Sir., 85. 1. 302.

On désigne généralement dans la doctrine sous le nom de *dol principal* le dol qui entraîne la nullité du contrat, c'est-à-dire celui sans lequel la partie qui en a été victime n'aurait pas contracté. C'est le *dolus dans causam contractui;* ordinairement il fait naître chez la partie l'idée de contracter, *inducit ad contrahendum*, mais exceptionnellement il peut se produire pendant le cours des négociations. Quant au dol qui n'entraîne pas la nullité du contrat, c'est-à-dire celui sans lequel la partie n'en aurait pas moins contracté et qui a eu seulement pour résultat de l'amener à contracter à des conditions plus onéreuses, on le désigne sous le nom de *dol incident, dolus* INCIDENS *in contractum*, expression qui manque peut-être de justesse (car, ainsi qu'on vient de le voir, le dol qui survient pendant le cours des négociations peut quelquefois entraîner la nullité du contrat) et à laquelle nous préférons celle de *dol accidentel*. Les auteurs donnent en général des définitions assez défectueuses du dol *principal* et du dol *incident* ou *accidentel*, et il n'est pas certain que l'introduction de ces expressions dans la langue juridique n'ait pas contribué à embrouiller la matière beaucoup plus qu'à l'éclaircir.

815. L'art. 1116 n'exige que deux conditions pour que le dol soit une cause de nullité du contrat : 1° qu'il ait été commis par l'une des parties; 2° qu'il ait été la cause du contrat. Mais il en sous-entend évidemment une troisième, savoir que le dol ait réussi, qu'il ait produit le résultat qu'en attendait son auteur, c'est-à-dire qu'il ait induit celui contre qui il était dirigé dans quelque erreur préjudiciable.

816. La nullité fondée sur le dol suppose donc une erreur de la part de celui qui en a été victime, et une erreur sans laquelle il n'aurait pas contracté. Mais

alors la nullité fondée sur le dol ne se confond-elle pas avec celle résultant de l'erreur ? Non ; car l'erreur inspirée par le dol de l'une des parties sera toujours une cause de nullité, quand elle sera telle que l'autre partie n'aurait pas contracté si elle eût connu la vérité ; tandis que l'erreur ayant une cause étrangère au dol ne porte atteinte à l'existence ou à la validité du contrat, que lorsqu'elle tombe sur la cause de l'obligation, sur la substance même de la chose qui en est l'objet, ou sur la personne avec qui l'on a voulu contracter, dans les cas exceptionnels où le contrat est fait principalement *intuitu personæ* (*supra* n. 802).

C'est ainsi que l'erreur sur les motifs du contrat pourra entraîner la nullité quand elle aura été inspirée par le dol, alors qu'elle n'empêcherait pas le contrat d'être valable si elle avait une autre cause. Par exemple, j'achète un cheval dans la fausse persuasion où je suis qu'un de mes chevaux est mort : c'est une erreur sur les motifs du contrat. Si cette erreur m'a été inspirée par le dol de mon vendeur, je pourrai faire annuler le contrat, tandis que je ne le pourrai pas, si elle a une toute autre cause, fût-ce le dol d'un tiers.

* Tous les auteurs disent qu'il en serait de même d'une erreur sur une qualité non substantielle de la chose objet du contrat : une semblable erreur, qui par elle-même n'est pas une cause de nullité, le deviendrait, si elle avait été inspirée par le dol de celui avec qui on a contracté. — Cette solution nous paraît erronée, au moins si l'on admet la définition que nous avons donnée des *qualités substantielles*. Nous avons dit que cette expression désigne les qualités que les parties ou l'une d'elles ont eues principalement en vue en contractant, celles dont l'absence reconnue aurait empêché le contrat ; par conséquent les qualités *non substantielles* sont des qualités d'importance secondaire aux yeux des parties, et en l'absence desquelles elles n'en auraient pas moins contracté. S'il en est ainsi, l'erreur sur une qualité non substantielle ne peut jamais être une cause de nullité du contrat, même quand elle a été inspirée par le dol de l'une des parties ; car l'erreur résultant du dol n'est, comme nous l'avons dit, une cause de nullité, que lorsqu'elle a déterminé la conclusion d'un contrat qui n'aurait pas été fait sans cela.

* Ce que nous venons de dire de l'erreur sur les qualités non substantielles, il faut le dire aussi de l'erreur sur la personne de celui avec qui l'on a voulu contracter, lorsque la considération de cette personne n'était pas la cause principale de la convention ; eût-elle été inspirée par le dol de celui avec qui l'on a contracté, cette erreur ne sera pas une cause de nullité du contrat, parce que l'erreur engendrée par le dol n'est pas ici une erreur dont la découverte aurait empêché la conclusion du contrat. On ne peut donc pas dire que « sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté ».

Dans tous les cas où les manœuvres, pratiquées par l'une des parties, sont de telle nature qu'en leur absence l'autre partie n'en aurait pas moins contracté, le préjudice subi par celle-ci consiste uniquement en ce qu'elle a contracté à des conditions plus onéreuses, en d'autres termes, le préjudice se réduit à une lésion. Les règles du droit commun suffisaient alors pour permettre à la partie lésée d'obtenir de l'auteur du dol, sous forme de dommages et intérêts, la réparation exacte du préjudice subi. Il était donc inutile d'autoriser en pareil cas la rescision du contrat, ce qui est toujours chose grave, et on ne peut qu'applaudir notre législateur de l'avoir ainsi décidé.

817. Résumons en quelques mots tout ce que nous avons dit jusqu'ici sur cette importante matière. Le dol n'est une cause de nullité d'un contrat que lorsqu'il a été pratiqué par l'une des parties, et qu'il a fait naître chez l'autre une erreur en l'absence de laquelle elle

n'aurait pas contracté. Dans tous les autres cas, le dol ne peut être que la source d'une action en dommages et intérêts.

818. De la preuve du dol. — Conformément à la règle *Actori incumbit probatio,* celui qui se prévaut du dol doit en établir l'existence; il ne lui suffirait pas de l'alléguer. Comment fera-t-il cette preuve? Par tous les moyens possibles, même par témoins et par simples présomptions (art. 1353). Le dol est un Protée qui revêt mille formes; la loi devait être aussi souple que lui, et par conséquent se montrer le plus libérale possible dans le choix des moyens à employer pour le saisir et le réprimer.

Mais, en disant que le dol peut être prouvé par présomptions, l'art. 1353 ne se met-il pas en contradiction avec l'art. 1116 al. 2, qui dispose que le dol « ne se » *présume* pas, et doit être prouvé »? Nullement. Ce dernier texte signifie que le dol ne se *suppose* pas, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas d'en alléguer l'existence, il faut le prouver; or les présomptions sont un moyen de preuve, exceptionnel il est vrai, mais dont la loi autorise ici l'emploi.

D'ailleurs le juge du fait est appréciateur souverain des faits constitutifs du dol. Cass., 21 décembre 1886, Sir., 87. 1. 117, et 11 mai 1887, Sir., 87. 1. 456.

N° 4. De la lésion.

819. La lésion est le préjudice qu'éprouve l'une des parties dans un contrat à titre onéreux, à raison de l'inégalité de valeur qui existe entre les prestations réciproques des contractants. Ainsi, dans la vente, le vendeur est lésé, lorsqu'il vend pour un prix inférieur à la valeur réelle de la chose; s'il vend pour un prix supérieur, c'est au contraire l'acheteur qui est lésé.

En principe, la lésion n'est pas considérée dans notre droit comme viciant le consentement de la partie qui en est victime, ou du moins comme le viciant assez profondément pour que la rescision du contrat puisse en être la conséquence. La raison en est que le jeu naturel des contrats, qui sont des actes de spéculation, comporte une certaine inégalité entre les contractants, par suite une certaine lésion pour l'un d'eux. D'ailleurs l'admission de la lésion comme cause générale de rescision des contrats aurait porté une fréquente et funeste atteinte à leur stabilité, qui présente au point de vue social un intérêt de premier ordre. La règle, que la lésion n'est pas une cause de rescision des contrats, n'est pas cependant sans exceptions, ainsi qu'on le voit par l'art. 1118 : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains con-* » *trats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en* » *la même section* ».

= *A l'égard de certains contrats.* Savoir : le partage, qui est rescindable pour lésion de plus du quart (art. 887), et la vente d'immeubles, qui est rescindable pour lésion de plus des sept douzièmes au préjudice du vendeur (art. 1674).

= *A l'égard de certaines personnes.* Ce sont les mineurs. V. art. 1305.

Disposition commune aux divers vices du consentement.

820. « *La convention contractée par erreur, violence ou dol* [ajoutez : » *ou entachée de lésion*], *n'est point nulle de plein droit ; elle donne* » *seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et* » *de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent* » *titre* ». Ainsi s'exprime l'art. 1117. Nous donnerons les développements que cette disposition comporte sous l'art. 1304. Là est le siège de la matière.

Il reste une question importante : la nullité ou rescision d'un contrat pour cause d'erreur, violence, dol ou lésion produit-elle ses effets à l'égard des tiers ? Avant de résoudre la question, il faut bien la comprendre. Supposons la vente d'un immeuble; le vendeur en fait prononcer la rescision par la justice pour l'une des causes qui viennent d'être indiquées. Par suite de la rescision, la vente est à considérer comme non avenue ; l'immeuble vendu redevient donc la propriété du vendeur, qui est même censé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire. Que le vendeur puisse alors demander la restitution de l'immeuble à l'acheteur ou à ses ayant cause universels, ses héritiers par exemple, s'ils l'ont encore entre les mains, c'est incontestable. Mais, s'ils l'ont aliéné, le vendeur peut-il en réclamer la restitution au sous-acquéreur qui le détient ? en supposant bien entendu que la sentence judiciaire qui prononce la rescision lui soit opposable, c'est-à-dire qu'il ait été mis en cause dans l'instance en rescision. D'une manière plus générale, la rescision produit-elle ses effets à l'encontre des ayant cause à titre particulier de l'acquéreur, acheteurs, donataires, créanciers hypothécaires, etc., qui sont compris sous la dénomination collective de *tiers ?* Telle est la question. On la pose quelquefois dans des termes différents : l'action en rescision est-elle *personnelle* ou *reelle ?* Mais nous évitons à dessein d'employer cette formule, qui peut induire en erreur, parce que les mots *action personnelle, action réelle* y sont détournés de leur signification usuelle. L'action en nullité ou rescision est certainement *personnelle, in personam;* seulement il s'agit de savoir si elle ne ressemble pas par un certain côté à l'action réelle, en ce sens que ses conséquences pourraient atteindre les tiers. — L'affirmative nous paraît incontestable. Pour le cas de lésion, il y a un texte formel, c'est l'art. 1681 al. 2; et il nous semble que la même solution doit être admise lorsque la rescision a pour cause l'erreur, la violence ou le dol; dans tous les cas elle doit réfléchir contre les tiers détenteurs. On lit en effet dans l'art. 2125 que : « Ceux qui n'ont » sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans cer- » tains cas, ou *sujet à rescision,* ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise » aux mêmes conditions ou à la même rescision ». Ce que la loi dit de l'hypothèque doit être appliqué évidemment à tous les autres droits réels. Donc, si, étant propriétaire d'un immeuble en vertu d'une vente rescindable (pour cause d'erreur, violence, dol ou lésion, car la loi ne distingue pas), j'ai revendu moi-même cet immeuble, la rescision, qui anéantira mon droit, anéantira par voie de conséquence celui que j'ai conféré à mon acquéreur; car je n'ai pu lui transmettre plus de droits que je n'en avais moi-même, *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Les conséquences de la rescision seront donc opposables au sous-acquéreur, qui sera tenu de restituer l'immeuble, sauf son recours contre qui de droit.

Tout le monde admet l'exactitude de cette déduction en ce qui concerne la rescision fondée sur la violence ou l'erreur; mais on l'a contestée en ce qui concerne la

nullité résultant du dol. Quelques-uns pensent que cette nullité ne peut être opposée qu'à l'auteur du dol et à ses ayant cause universels, mais non à ses ayant cause à titre particulier, acquéreurs, créanciers hypothécaires... Et la raison? C'est que, dit-on, « le dol n'est point un vice du consentement, qu'il produit uniquement des » effets personnels, qu'il peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts, et que » c'est dans ces dommages-intérêts que se trouve comprise l'annulation du contrat; » mais que cette annulation et les effets qui s'ensuivent n'ont lieu qu'entre les parties » et leurs héritiers ». — Le dol n'est point un vice du consentement! Mais le contraire est écrit dans l'art. 1109 et dans l'art. 1117. Sans doute la loi a pu concéder l'action en nullité à la victime du dol, à titre de réparation du préjudice causé par le dol, à titre de dommages et intérêts par conséquent; mais l'action en nullité ne devient pas pour cela une action en dommages et intérêts, dont les effets devraient se restreindre entre le créancier et le débiteur; pour être concédée *à un certain titre,* une action ne perd pas son caractère. Nous concluons que l'action en nullité fondée sur le dol, comme celle qui est fondée sur l'erreur, sur la violence ou sur la lésion, produit ses effets à l'égard des tiers.

* **821.** Notons qu'aux termes de l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription en matière hypothécaire :* « Tout jugement prononçant la résolution, nullité » ou rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis » l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur » le registre.— L'avoué qui a obtenu ce jugement est tenu, sous peine de cent francs » d'amende, de faire opérer cette mention, en remettant un bordereau rédigé et » signé par lui au conservateur, qui lui en donne récépissé ».

§ II. *Des promesses et des stipulations pour autrui.*

822. *On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom » que pour soi-même* ». Ainsi s'exprime l'art. 1119.

S'engager désigne ici le fait de celui qui joue le rôle passif dans le contrat, qui s'oblige; *stipuler,* le fait de celui qui joue le rôle actif, qui contracte pour acquérir un droit. En un mot, c'est le débiteur qui *s'engage,* c'est le créancier qui *stipule.* Quelquefois le mot *stipuler* est pris dans un sens beaucoup plus large, comme synonyme de *contracter,* notamment dans l'art. 1122.

L'art. 1119 n'est qu'une conséquence de ce principe : que toute obligation suppose nécessairement un débiteur et un créancier. Il comprend dans une même formule deux règles qu'il nous faut étudier séparément : 1° On ne peut en son propre nom s'engager que pour soi-même; 2° On ne peut en son propre nom stipuler que pour soi-même.

Première règle.

823. On ne peut en son propre nom s'engager que pour soi-même. *De se promittere quemque placet.* Vous m'avez promis que mon voisin consentirait, moyennant une certaine somme, à abattre un arbre qui gêne la vue de ma maison sur la campagne; vous m'avez promis cela *en votre nom personnel,* et non en celui du voisin qui ne vous a pas donné mandat à cet effet; il est bien expliqué, on le suppose, que vous n'entendez pas vous engager vous-même par cette promesse. Elle

n'oblige personne, ni vous, puisque vous ne l'avez pas voulu, ni le voisin, parce que vous n'avez pas qualité pour cela, *dum tibi non vis, nec illi potes.*

Mais c'est seulement quand on parle *en son propre nom* qu'on ne peut pas obliger autrui. Je puis obliger une autre personne en parlant *en son nom,* si j'ai qualité pour cela. — Ainsi le mandataire oblige le mandant, quand il agit dans les limites de son mandat. Vous m'avez donné commission d'acheter pour votre compte telle maison moyennant une somme de 20,000 fr.; j'offre ce prix *en votre nom* au propriétaire de la maison qui accepte, et nous signons l'acte de vente. Vous serez obligé d'exécuter le marché comme si vous l'aviez passé vous-même; c'est vous qui êtes censé avoir parlé par ma bouche, *qui mandat ipse fecisse videtur.* Vous êtes donc engagé, et moi je ne le suis pas; car je n'ai pas parlé en mon nom, et je n'ai pas eu l'intention de m'obliger personnellement; j'ai agi comme mandataire et par conséquent comme votre représentant; ma personne s'efface pour faire place à la vôtre. De même, celui qui agit en qualité de *gérant d'affaires* oblige le *maître* au nom duquel il parle. Un de mes amis s'absente pour un long voyage, oubliant de confier à quelqu'un la gestion de ses intérêts; je fais pour lui ce que je voudrais qu'il fît pour moi en pareille circonstance, je me charge spontanément de ce soin : c'est la gestion d'affaires. La toiture de sa maison s'effondre; je traite *en son nom* avec des ouvriers pour qu'ils la réparent. Un de ses chevaux est malade; je fais mander *en son nom* un vétérinaire pour le soigner... Les engagements, que j'aurai ainsi contractés *au nom de l'absent,* du *maître,* seront obligatoires par rapport à lui, mais non par rapport à moi.

En résumé, notre première règle signifie donc que la promesse pour autrui, faite par une personne *en son propre nom,* n'engage ni le tiers dont le fait a été promis ni le promettant lui-même.

824. Toutefois cette partie de notre règle que le *promettant* lui-même ne s'engage pas, souffre une exception importante, qui la détruit en grande partie, comme on va le voir; elle résulte de l'art. 1120, ainsi conçu : « *Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ».

Se *porter fort* ou se *faire fort* pour quelqu'un, c'est promettre qu'il s'obligera à faire ce qu'on a promis qu'il ferait. Celui qui se porte fort s'oblige donc : il contracte une obligation personnelle de faire, qui consiste à obtenir la ratification du tiers dont il a promis le fait, *à rapporter sa signature,* comme on dit en style de palais. Et voilà pourquoi la promesse devient alors valable : elle n'est nulle en règle géné-

rale que parce qu'elle n'oblige personne; elle doit donc cesser de l'être, dès qu'il y a un obligé; or, le *porte-fort* est obligé.

Les mots *se porter fort, se faire fort* ne sont pas sacramentels; on peut les remplacer par toute autre formule équivalente, par exemple celle-ci : *promettre de faire ratifier*. Il n'est même pas nécessaire que la volonté de se porter fort soit *exprimée*, elle peut être sous-entendue; car dans notre droit la manifestation de la volonté des parties n'est soumise en principe à aucune forme solennelle. Et, comme la promesse pour autrui, faite au nom personnel du promettant, ne peut avoir d'efficacité qu'autant que celui-ci se porte fort, puisqu'autrement la promesse n'oblige personne, il en résulte que les juges devront se montrer assez faciles pour admettre chez le promettant la volonté tacite de se porter fort; on ne doit pas en effet supposer facilement qu'il ait entendu faire un acte inutile. Quelques auteurs sont même allés jusqu'à dire que la volonté de se porter fort doit toujours être présumée, qu'elle doit être considérée comme sous-entendue. Mais, s'il en est ainsi, l'art. 1119, en tant qu'il déclare nulle la promesse pour autrui, faite au nom personnel du promettant, va devenir une lettre morte! car, avec la présomption dont il s'agit, cette promesse sera toujours valable. Nous préférons, par respect pour le texte de la loi, et pour lui conserver au moins une existence théorique, dire qu'il appartiendra au juge d'apprécier en fait si le promettant a entendu se porter fort, mais tout en reconnaissant qu'il devra presque toujours résoudre cette question dans le sens de l'affirmative.

Insistons maintenant quelque peu sur la nature de l'obligation du porte-fort. C'est, nous l'avons dit, une obligation de faire : le porte-fort s'engage à procurer la ratification du tiers dont il a promis le fait. Maintenant il arrivera de deux choses l'une : ou que le tiers ratifiera, et alors le porte-fort sera libéré; ou qu'il refusera de ratifier, et alors, l'obligation de faire contractée par le porte-fort demeurant sans exécution, il sera passible de dommages et intérêts, d'une indemnité, comme le dit l'art. 1120, envers le stipulant.

Remarquez que le porte-fort ne garantit pas l'*exécution* de la promesse qu'il a faite pour autrui; il ne garantit que la *ratification* de cette promesse. Le porte-fort est libéré, dès que le tiers s'est *engagé* à faire ce qui a été promis pour lui, dès qu'il a consenti à *tenir l'engagement*, comme le dit l'art. 1120 : *tenir l'engagement*, c'est se l'approprier. Le porte-fort n'a pas à s'inquiéter de savoir si le tiers exécutera l'engagement qu'il a pris, s'il fera ce qu'il a promis de faire : cela ne le regarde plus. — Il y a donc une différence importante entre l'obligation du porte-fort et celle de la caution : le porte-fort promet qu'un tiers s'*obligera*, la caution promet que le débiteur *exécutera son obligation;* le premier promet un engagement, la seconde garantit l'efficacité d'un engagement déjà pris, et s'oblige par conséquent à payer à la place du débiteur s'il ne le fait pas (art. 2011).

Rien ne s'oppose bien entendu à ce que la qualité de porte-fort soit doublée de celle de caution. Tout dépend de la volonté des parties, que les tribunaux auraient à interpréter en cas de contestation.

Il arrive fréquemment dans la pratique qu'on se porte fort pour autrui. Ainsi on veut vendre un immeuble indivis entre plusieurs copropriétaires dont un est mineur ou absent; les copropriétaires majeurs ou présents, s'ils trouvent un acquéreur qui accepte ces conditions, vendront en se portant fort pour le mineur ou pour l'absent. Si plus tard, le mineur devenu majeur ou l'absent de retour ratifie la vente, elle deviendra irrévocable; s'il refuse de la ratifier, les vendeurs devront de ce chef des dommages et intérêts à l'acheteur pour le préjudice que lui cause le défaut de ratification.

Deuxième règle.

825. On ne peut pas en son propre nom stipuler pour autrui. *Alteri stipulari nemo potest.* Ainsi je stipule que vous donnerez dix à Paul; je stipule cela en mon nom personnel, et non en celui de Paul dont je ne suis ni le mandataire ni le gérant d'affaires. Cette stipulation est *inutile, inutilis.* En effet Paul ne peut pas s'en prévaloir, parce qu'il y est demeuré étranger, *res inter alios acta alii non prodest* (art. 1165); et moi je ne puis non plus en exiger l'exécution, parce que je n'ai aucun intérêt *appréciable à prix d'argent* à ce que vous donniez à Paul ce que vous avez promis de lui donner, et que le manquement à votre promesse ne peut par suite ouvrir en ma faveur aucun droit à des dommages et intérêts. Vous pouvez donc y contrevenir impunément, puisque personne ne peut vous forcer à l'éxécuter; or, dit fort justement Pothier, rien n'est plus contradictoire avec l'obligation civile que le pouvoir d'y contrevenir impunément.

En résumé, si la promesse, que l'on fait en son propre nom du fait d'autrui, est nulle *faute d'obligé,* la stipulation, que l'on fait en son propre nom pour autrui, est nulle *faute de créancier.* Dans l'un et l'autre cas, la convention ne produit aucun lien.

Nous supposons que celui qui a stipulé pour autrui a stipulé *en son propre nom;* car, s'il avait stipulé *nomine alieno,* comme mandataire par exemple ou comme gérant d'affaires, la stipulation serait valable, puisqu'elle serait censée faite par le mandant ou par le maître.

D'un autre côté, il n'y aurait pas stipulation pour autrui, nulle aux termes de notre article, si, ayant stipulé une certaine somme pour moi, je stipule que vous la paierez entre les mains d'un tiers. *Mihi* aut *Titio dare spondes?* Le tiers désigné n'est qu'un mandataire chargé de recevoir le paiement, *adjectus solutionis gratia.*

La stipulation pour autrui étant nulle à raison du défaut d'intérêt du stipulant, il en résulte que, toutes les fois que cet intérêt apparaîtra, la stipulation deviendra valable. « Par exemple, dit Pothier, si, m'étant obligé envers Jacques à lui reconstruire, dans l'espace d'un certain temps, sa maison qui menace ruine, je fais marché avec un maçon pour qu'il reconstruise dans ledit temps la maison de Jacques, je suis censé stipuler pour moi plutôt que pour Jacques, et la convention est valable; car étant obligé envers Jacques à cette reconstruction, et tenu de ses dommages et intérêts si elle ne se fait pas dans le temps marqué, j'ai un vrai intérêt personnel qu'elle se fasse ».

L'intérêt du stipulant apparaît encore, et par suite la stipulation devient valable, lorsqu'une clause pénale a été stipulée pour le cas où la promesse ne serait pas exécutée; par exemple je stipule que vous abattrez tel arbre qui empêche la lumière de pénétrer dans les appar-

tements de Paul, et nous ajoutons que, si vous ne le faites pas, vous devrez me payer une somme de 1,000 fr. On pourrait objecter qu'aux termes de l'art. 1227 al. 1, « la nullité de l'obligation principale » entraîne celle de la clause pénale ». Mais précisément, comme le dit Pothier, ce principe souffre exception, toutes les fois que la stipulation est nulle pour défaut d'intérêt chez le créancier; car la clause pénale purge ce vice en faisant apparaître l'intérêt.

826. L'art. 1121 indique deux autres cas, dans lesquels la stipulation pour autrui cesse d'être nulle, parce que le stipulant a un intérêt à son exécution, un moyen par conséquent de forcer le débiteur à cette exécution : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque* » *telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou* » *d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipula-* » *tion, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

La stipulation pour autrui devient valable tout d'abord, *lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même.* Exemple : « Je vous vends ma maison pour 20,000 fr., et je stipule que vous paierez en outre à ma mère une rente viagère de 1,000 fr. ». En effet, si vous ne payez pas la rente, je ne serai pas désarmé, je pourrai demander la résolution du contrat (art. 1654); car la rente fait partie du prix. Vous ne pouvez donc pas contrevenir impunément à l'exécution de votre obligation, puisque j'ai un moyen indirect de vous y forcer.

La stipulation pour autrui devient encore valable, *lorsqu'elle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre.* Par exemple je vous fais donation de tel immeuble, *à la condition,* c'est-à-dire *sous la charge* de payer à ma mère une rente viagère de 1,000 fr. Ici encore j'ai un intérêt pécuniaire à l'exécution de la stipulation faite au profit d'autrui; car, si vous ne payez pas la rente, je pourrai demander la révocation de la donation (art. 953); j'ai donc un moyen indirect de vous contraindre à l'exécution.

Dans les deux cas qui viennent d'être indiqués, la stipulation faite au profit du tiers contient au fond une véritable donation qui lui est offerte par le stipulant. De là résultent plusieurs conséquences.

1° La stipulation faite au profit d'un tiers ne lui confère de droit qu'à partir du moment où il l'a acceptée (art. 1121 *in fine*); jusque-là elle ne constitue qu'une simple pollicitation qui peut être retirée par celui dont elle émane ou par ses héritiers. D'ailleurs il n'est pas nécessaire que l'acceptation intervienne du vivant du stipulant. Cass., 27 février 1884, Sir., 86. 1. 422.

* Supposons que le stipulant use de ce droit; pourra-t-il s'appliquer le bénéfice de la stipulation? Ainsi je vous ai vendu ma maison moyennant 20,000 fr., et à la charge par vous de payer en outre une rente viagère de 1,000 fr. à Paul; avant que Paul ait accepté, je révoque la stipulation que j'ai faite à son profit; puis-je exiger que vous me payiez la rente? En principe oui; car d'une part cette rente fait partie

du prix de la vente, qu'elle augmente d'autant, et d'autre part il vous est fort indifférent de la payer à Paul ou à moi. Mais remarquons que la rente dont je vous ai imposé la charge a été constituée sur la tête de Paul, et que, si je puis, en révoquant la stipulation faite à son profit, vous obliger de payer cette rente entre mes mains, je ne puis modifier par ma seule volonté l'étendue de votre dette; c'est donc toujours la durée de la vie de Paul qui servira de mesure à celle de l'existence de la rente; seulement, au lieu de lui en payer les arrérages, vous les paierez à moi ou à mes ayant cause tant qu'il vivra.

* Ce que nous venons de dire est fondé sur ce principe : que celui qui a fait une pollicitation peut la retirer tant qu'elle n'a pas été acceptée (*supra* n. 785). Si donc la pollicitation, qui se cache sous la stipulation pour autrui, est en réalité l'œuvre des deux contractants, bien qu'elle paraisse d'après les termes de l'acte avoir été faite par un seul, celui-ci ne pourra pas, sans le consentement de l'autre, la retirer et s'en appliquer le bénéfice. Ainsi deux frères veulent, de compte à demi, donner 10,000 fr. à leur mère. Cela posé, ils font entre eux l'arrangement suivant : l'un des frères vend à l'autre un immeuble qui vaut 30,000 fr. moyennant 25,000 fr. *et à la charge de payer en outre* 10,000 *fr. à leur mère.* Il est évident que le frère vendeur n'aura pas le droit de dire : « Je révoque la stipulation que j'ai faite au profit de ma mère, et je réclame pour mon compte le paiement des 10,000 fr. »; car la pollicitation au profit de la mère est autant l'œuvre de son frère que la sienne.

2° La libéralité, faite sous forme de stipulation pour autrui, est soumise à toutes les règles *de fond* qui gouvernent les donations, notamment en ce qui concerne l'irrévocabilité (cpr. Cass., 26 mars 1884, Sir., 86. 1. 422), la capacité de disposer et de recevoir, le rapport, la réduction et la révocation pour les diverses causes autorisées par la loi.

Nous disons : *à toutes les règles de* FOND; car elle n'est pas soumise aux règles de *forme* des donations ordinaires, au moins lorsqu'elle est la condition d'un contrat *à titre onéreux* que l'on fait pour soi-même. Accessoire d'un acte pour la validité duquel la loi ne prescrit aucune forme particulière, la donation est elle-même dispensée de formes; car elle doit naturellement participer aux privilèges de l'acte dont elle n'est qu'une dépendance. L'art. 1973 contient une application de ce principe : « Elle [la rente viagère] peut être constituée *au profit d'un tiers,* quoique le prix » en soit fourni par une autre personne. — Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait » les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour » les donations; sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'art. 1970 ».

Effets des stipulations et promesses à l'égard des héritiers et ayant cause.

827. Pothier dit (*traité des obligations,* n°s 61 et 63) : « C'est stipuler ou promettre pour nous-mêmes et non pour autrui, lorsque nous stipulons ou promettons pour nos héritiers, puisqu'ils sont en quelque façon la continuation de nous-mêmes : *heres personam defuncti sustinet.* C'est pourquoi il n'est pas douteux que nous pouvons stipuler pour nos héritiers, *heredi cavere concessum est...* Non seulement nous pouvons valablement stipuler pour nos héritiers, mais nous sommes censés ordinairement l'avoir fait, quoique cela ne soit pas exprimé : *qui paciscitur, sibi heredique suo pacisci intelligitur* ». Nous avons cité tout au long ce passage de l'illustre auteur, parce qu'il est facile d'y reconnaître l'origine de l'art. 1122, et qu'il montre en même temps le lien

qui unit ce texte aux précédents relatifs aux stipulations pour autrui. « *On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant-cause,* » *à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de* » *la convention* ».

On remarquera toutefois que Pothier ne parle que des héritiers, et que notre article parle en outre des *ayant cause*. Les ayant cause d'une personne, *causam habentes,* sont ceux dont la cause se lie à celle de cette personne, en ce sens qu'ils tiennent leur droit d'elle. On distingue deux espèces d'ayant cause : les ayant cause *universels* ou *à titre universel,* dont le droit porte sur le patrimoine considéré comme universalité : ce sont les héritiers, les légataires ou donataires universels ou à titre universel, et les créanciers, parce qu'ils acquièrent un droit de gage général sur tous les biens composant le patrimoine de leur débiteur. Les autres ayant cause sont des ayant cause *à titre particulier;* on les appelle ainsi, parce que leur droit s'applique ordinairement à des biens particuliers. Ainsi l'acheteur est un ayant cause à titre particulier du vendeur; il tient son droit de lui sur un objet déterminé. Il en est de même de l'usufruitier par rapport à celui dont il tient son usufruit, du locataire par rapport au locateur. Quand le mot *ayant cause* est opposé au mot *héritier,* comme dans l'art. 1122, il fait généralement allusion aux ayant cause à titre particulier.

On désigne d'une manière générale sous le nom d'*auteur* la personne dont l'ayant cause tient ses droits. Ainsi on dira qu'il existe entre un défunt et son héritier, entre un vendeur et son acheteur, des rapports d'*auteur* à *ayant cause.*

Nous allons envisager successivement l'effet des *conventions* par rapport aux héritiers des parties et par rapport à leurs ayant cause à titre particulier.

1. *Effets des conventions par rapport aux héritiers.*

828. Ce que nous allons dire des héritiers est en général applicable aux autres ayant cause universels.

Les conventions dans lesquelles nous figurons, profitent ou nuisent à nos héritiers comme à nous-mêmes, c'est-à-dire qu'ils peuvent les invoquer et qu'on peut les invoquer contre eux. Nos héritiers succèdent en effet à nos droits passifs, comme à nos droits actifs. C'est ce que dit en définitive l'art. 1122, dans lequel le mot *stipuler* est certainement pris comme synonyme de *contracter* (sens actif et passif).

Ce principe souffre trois exceptions.

a. La première est indiquée par ces mots de l'art. 1122 : *à moins que le contraire ne soit exprimé.* La loi suppose, dans le silence des parties, qu'elles ont contracté en vue de leurs héritiers aussi bien qu'en vue d'elles-mêmes; mais elle leur permet de manifester une volonté con-

traire; cette volonté doit être exprimée en termes formels, sinon sacramentels. Ainsi j'achète une maison pour 20,000 fr., et je stipule un délai de 10 ans pour payer cette somme, à la charge d'en servir tous les ans les intérêts. S'il n'est rien dit de plus, mes héritiers jouiront comme moi du bénéfice du terme; mais une clause de la convention peut le leur retirer, et alors, si je meurs avant l'échéance du terme, ils devront payer immédiatement le prix.

b. La deuxième exception est indiquée par ces mots de notre article : *à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention*. Ainsi le bénéfice d'une stipulation, qui m'assure un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou une rente viagère, est, par la nature même de la convention, intransmissible à mes héritiers.

c. Enfin la troisième exception a lieu, lorsqu'il existe une disposition de la loi qui déclare que la mort de l'une des parties met fin à la convention. Ainsi l'art. 1795 dispose que « Le contrat de louage d'ouvrage est » dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur », parce que ses aptitudes *personnelles* ont été vraisemblablement prises en considération; or elles ne sont pas héréditairement transmissibles. L'héritier d'un architecte peut être un médecin ou un avocat, et il serait préjudiciable pour lui et pour l'autre partie que le lien de l'obligation subsistât. Voyez aussi les art. 1514, 1865-3° et 2003 al. 3.

Est-il permis de stipuler pour un seul ou quelques-uns seulement de ses héritiers? Ainsi puis-je, en vous vendant ma maison moyennant une somme de 20,000 fr., convenir avec vous que vous paierez ce prix tout entier à l'aîné de mes enfants, qui en profitera à l'exclusion de ses frères et sœurs? La règle, qui prohibe d'une manière générale dans notre droit les pactes sur successions futures (art. 791, 1130 et 1600), nous paraît interdire une convention de cette nature. Je puis bien, dans l'espèce proposée, au moyen d'une donation entre vifs ou testamentaire, disposer par préciput et hors part au profit d'un de mes héritiers présomptifs de la créance du prix de ma maison; mais je ne puis pas arriver au même résultat à l'aide d'une clause insérée dans un acte de vente.

Nous pensons pour le même motif qu'on ne peut pas, en sens inverse, mettre par convention une dette à la charge exclusive d'un seul de ses héritiers, ou en charger l'un desdits héritiers pour une part supérieure à sa part héréditaire. Ainsi je ne pourrais pas, en achetant votre maison moyennant une somme de 20,000 fr., convenir valablement avec vous que cette somme vous sera payée tout entière à ma mort par le plus jeune de mes enfants, qui supportera seul cette dette à l'exclusion de ses frères. On peut objecter qu'aux termes de l'art. 1221-4°, un des héritiers peut être « chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ». Mais la partie finale du même article dit qu'en pareil cas l'héritier qui aura payé toute la dette aura son recours contre ses cohéritiers, et il s'agit précisément de savoir si le défunt a pu valablement, par une clause de la convention, priver son héritier de ce recours. Nous ne le pensons pas; cette clause constituerait évidemment un pacte sur succession future, prohibé par cela seul que la loi ne l'autorise pas. La question toutefois est controversée.

2. *Effets des conventions à l'égard des ayant cause à titre particulier.*

829. Celui auquel appartient un droit sur une chose peut transmettre ce droit tout entier; mais il ne peut pas transférer un droit plus étendu, d'après la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Le droit d'un ayant cause à titre particulier se mesure donc exactement sur celui de son auteur, et par suite les conventions par lesquelles l'auteur avait consolidé, augmenté, amélioré, amoindri ou transformé son droit, profitent ou nuisent à l'ayant cause à titre particulier.

Ainsi le cessionnaire d'une créance profitera de l'hypothèque ou du cautionnement attaché à cette créance, et pourra, par conséquent, se prévaloir des conventions qui ont été faites par son auteur pour acquérir l'une ou l'autre de ces garanties : elles améliorent le droit du créancier, le fortifient, et sont transmises avec lui en qualité d'*accessoires*.

De même, supposons que je vous vende un domaine, ou que je vous en transmette la propriété à un autre titre. Si, avant la vente, j'ai fait une transaction relativement à une partie du domaine, dont la propriété m'était contestée, cette transaction pourra être invoquée par vous en tant qu'elle consolide mon droit de propriété sur certaines pièces de terre, et pourra vous être opposée en tant qu'elle contient une renonciation à mon droit sur d'autres. Pareillement, vous serez fondé à invoquer les conventions par lesquelles j'ai acquis pour ledit domaine des servitudes actives, et on pourra en sens inverse vous opposer celles par lesquelles je l'ai grevé de servitudes passives ou autres charges réelles, telles qu'une hypothèque. Le tout, sauf la question de transcription ou d'inscription.

Mais les conventions, qui n'ont ni augmenté, ni amélioré, ni amoindri, ni consolidé, ni transformé le droit transmis par l'auteur, ne peuvent pas être invoquées par l'ayant cause, et ne peuvent pas lui être opposées, fussent-elles relatives à l'objet du droit. Ainsi, je fais marché avec un vigneron pour qu'il laboure ma vigne, puis je vous la vends. En l'absence d'une clause spéciale par laquelle je vous en aurais transmis le bénéfice, vous ne pourrez pas vous prévaloir de la convention que j'ai faite avec le vigneron, car elle n'a fait naître à mon profit qu'un droit purement personnel; et de même le vigneron ne pourra pas s'en prévaloir contre vous. Nous trouverons toutefois une exception à ce principe dans l'art. 1743.

SECTION II

DE LA CAPACITÉ DE CONTRACTER

830. Aux termes de l'art. 1123 : « *Toute personne peut contracter, si* » *elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». La capacité de contracter est donc la règle générale, l'incapacité l'exception. D'où il suit que c'est à celui qui allègue l'incapacité d'une personne d'en fournir la preuve : ce qu'elle ne peut faire qu'en démontrant que cette personne se trouve dans l'un des cas d'incapacité édictés par la loi.

Et toutefois notre loi n'édicte que les incapacités *juridiques* de contracter ; elle ne s'occupe pas des incapacités *naturelles,* qui toutes ont pour cause l'impossibilité de consentir. Ces dernières s'imposent d'elles-mêmes, et il était inutile de les mentionner dans un code. Ainsi il était bien clair qu'un fou ne peut pas contracter, et notre législateur s'est bien gardé de formuler une vérité aussi évidente. Il y avait utilité au contraire à dire que l'interdit est incapable de contracter, car un interdit peut avoir des intervalles lucides, pendant lesquels il n'est pas *naturellement* incapable de contracter; une disposition législative était nécessaire pour l'en déclarer *juridiquement* incapable : elle se trouve dans l'art. 1124.

L'art. 1124 donne la liste des personnes qui sont juridiquement incapables de contracter.

« *Les incapables de contracter sont,*

» *Les mineurs,*

» *Les interdits,*

» *Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi,*

» *Et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrats* ».

Il y a donc des personnes qui sont frappées d'une incapacité générale de contracter, et d'autres qui sont frappées d'une incapacité spéciale.

A. *Personnes frappées de l'incapacité générale de contracter.*

831. Ce sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées.

a. *Les mineurs.* Cette formule comprend, dans sa généralité, même le mineur *émancipé.* Le législateur lui accorde, il est vrai, au chapitre *De l'émancipation,* une certaine *capacité,* qui lui permet d'accomplir seul tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine; mais le mineur émancipé est incapable en dehors de cette sphère. L'incapacité de contracter est donc pour lui la règle générale, la capacité l'exception. On devait par conséquent le ranger parmi les personnes frappées de l'incapacité générale de contracter : il est incapable pour tous les contrats en général, sauf pour ceux relatifs à l'administration de son patrimoine.

Au surplus, nous verrons sous l'art. 1305 que les expressions employées par le législateur dans l'art. 1124 rendent mal sa pensée. Le mineur est plutôt *restituable pour cause de lésion* contre les conven-

tions qu'il fait qu'*incapable de contracter;* car la loi ne lui permet d'attaquer ces conventions qu'autant qu'elles sont pour lui la source d'une lésion : *restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus.* Si l'on veut conserver le mot *incapable,* il faut dire que le mineur est incapable de se léser par un contrat.

b. *Les interdits.* On sait qu'il en existe deux catégories : les interdits judiciairement et les interdits légalement. Les premiers sont placés sous le coup d'une présomption d'insanité d'esprit permanente : cette présomption supprime *en droit* les intervalles lucides qui peuvent exister *en fait,* de sorte que l'incapacité dont est frappé l'interdit s'étend même aux actes qu'il passe pendant un intervalle lucide. L'interdit légalement est frappé d'une incapacité du même genre, bien que la cause de son interdiction soit toute différente. Cpr. t. I, n. 204.

Les auteurs ont tort, ce nous semble, de placer à côté des interdits, sur la liste des incapables de contracter, les personnes non interdites retenues dans un établissement d'aliénés conformément à la loi du 30 juin 1838. Le placement dans un établissement d'aliénés ne fait naître contre la personne qui en est l'objet aucune incapacité *juridique* de contracter; sa situation, à ce point de vue, reste la même qu'avant son entrée dans l'établissement, c'est-à-dire qu'elle est seulement frappée de l'incapacité *naturelle* de contracter, dont sont atteintes toutes les personnes en état d'aliénation mentale. L'art. 1124, nous l'avons déjà noté, ne s'occupe que des incapacités *juridiques* de contracter. A la liste qu'il donne il faut donc bien se garder d'ajouter des personnes qui sont juridiquement capables, mais atteintes d'une simple incapacité de fait. On assimile ainsi, au risque de les confondre, deux situations entre lesquelles il y a un abîme. L'interdit est juridiquement incapable de contracter; tous les actes qu'il passe, même pendant un intervalle lucide, sont nuls de droit. Au contraire, la personne retenue dans un établissement d'aliénés sans être interdite est juridiquement capable; les actes qu'elle passe pendant un intervalle lucide sont valables, et ceux que l'on prétend avoir été passés en dehors de ces intervalles ne peuvent être annulés que sur la preuve de la démence au moment même de l'acte.

On a tort aussi, à notre avis, de considérer les personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire comme comprises dans la disposition relative aux interdits, sous prétexte qu'elles sont atteintes d'une *demi-interdiction.* Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas frappé d'une incapacité *générale* de contracter, mais seulement d'une incapacité *spéciale :* nous avons établi dans notre tome I, n. 1189, qu'il est capable pour tous les actes que la loi ne lui interdit pas; il rentre donc dans la catégorie des incapables dont parle l'alinéa dernier de notre article : ceux auxquels la loi interdit certains contrats.

c. *Les femmes mariées.* Leur incapacité consiste dans la nécessité d'obtenir l'autorisation de leur mari ou de la justice pour contracter valablement. L'art. 1124 nous indique par les mots *dans les cas exprimés par la loi* que l'incapacité dont il s'agit souffre quelques restrictions. Et en effet, dans certaines hypothèses, notamment quand elle est séparée de biens par contrat ou par jugement (art. 1449 et 1536), la femme est capable d'accomplir sans autorisation tous les actes qui concernent l'administration de son patrimoine.

* D'après plusieurs auteurs, les mots, *dans les cas exprimés par la loi*, de l'art. 1124, s'appliqueraient, non seulement aux femmes mariées, mais aussi aux mineurs et aux interdits qui précèdent immédiatement. — La construction matérielle de l'article nous paraît s'opposer à ce que cette solution soit admise. En effet il consacre un alinéa spécial à chaque catégorie d'incapables, et il est difficile de croire que les mots qui terminent l'alinéa consacré exclusivement aux femmes mariées, aient été écrits en vue des incapables dont parlent les deux alinéas précédents. Il est vrai que l'art. 1125 qui suit immédiatement ajoute : « Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que *dans les cas prévus par la loi* ». Mais, appliqué aux mineurs et aux interdits, ce texte signifie seulement qu'ils ne peuvent attaquer leurs engagements : les premiers qu'autant qu'ils sont lésés (art. 1305), et les seconds qu'autant qu'il s'agit d'actes postérieurs à la sentence d'interdiction et antérieurs à sa main-levée (art. 502), sauf l'exception prévue par l'art. 503. — Nous n'insistons pas, parce que ce débat a peu d'importance.

* **832.** Plusieurs auteurs ajoutent à la liste des personnes frappées d'une incapacité générale de contracter : les faillis et les personnes morales. En ce qui concerne les faillis, la proposition est erronée, et, pour les personnes morales, elle ne contient qu'une petite part de vérité.

Nous disons d'abord que la proposition est erronée en ce qui concerne les faillis. Aucune loi n'édicte contre les faillis une incapacité de contracter; par conséquent ils demeurent capables (arg. art. 1123). Ce qui est vrai seulement, c'est qu'à partir du jugement qui déclare la faillite, le failli se trouve dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens présents et futurs (C. co., art. 443) : il est dans la même situation que s'il y avait eu saisie générale des biens composant son patrimoine. Mais le failli ne devient pas pour cela incapable de contracter : ainsi il est obligé par les contrats qu'il passe pendant la durée du dessaisissement, et plus tard, après la clôture de la faillite, s'il lui restait des biens ou s'il en acquérait de nouveaux, ces contrats s'exécuteraient sur son patrimoine redevenu disponible; la loi veut seulement qu'ils ne reçoivent pas leur exécution au préjudice de la masse des créanciers. Il s'agit donc d'une *indisponibilité* établie dans l'intérêt des créanciers de la faillite, et non d'une incapacité de contracter décrétée contre le failli.

Nous avons ajouté qu'il n'est pas vrai de dire d'une manière absolue que les personnes morales sont incapables de contracter. La proposition inverse contiendrait même une plus grande part de vérité. On distingue deux catégories de personnes morales : celles du droit civil et celles du droit administratif. Les premières, parmi lesquelles figurent les sociétés commerciales, ne sont soumises à aucune incapacité juridique de contracter; elles sont donc capables, d'après l'art. 1123, du moins pour tous les contrats compatibles avec le but en vue duquel elles sont créées. Cpr. t. I, n. 106. Et quant aux personnes morales du droit administratif, telles que les hospices, les communes, les départements..., s'il est vrai que la tutelle administrative à laquelle elles sont soumises les met quelquefois dans la nécessité d'obtenir une autorisation pour contracter valablement, et les place ainsi dans une situation analogue à celle de la femme mariée, ce n'est là qu'une incapacité toute spéciale à certains contrats, et on ne peut pas par suite présenter ces personnes comme frappées d'une incapacité générale de contracter. La capacité au contraire demeure pour elles la règle générale.

833. Les contrats passés par un mineur, par un interdit ou par une femme mariée non autorisée ne sont pas *inexistants* ou *nuls de plein droit* (expressions synonymes); il sont seulement *nuls* ou autrement

dit *annulables*. L'art. 1125 en contient une double preuve. En effet, dans son alinéa 1 il dit que l'incapacité permet d'*attaquer* le contrat, expression qui fait allusion à l'action en nullité et suppose par suite un contrat existant, mais imparfait, nul par conséquent et non pas inexistant; attaque-t-on le néant? Et l'alinéa 2 ajoute que la partie capable, qui a contracté avec un mineur, un interdit ou une femme mariée, ne peut pas, en se prévalant de l'incapacité de ceux-ci, demander la nullité du contrat; or, quand un acte est inexistant, tout intéressé peut opposer son inexistence. Voici au surplus le texte de l'art. 1125 : « *Le* » *mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause* » *d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi. —* » *Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du* » *mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont con-* » *tracté* ».

En droit romain, le pupille pouvait rendre sa condition meilleure, mais il ne pouvait la rendre pire. C'est cette idée généralisée qui paraît avoir inspiré la disposition finale de l'art. 1125. La loi permet au mineur, à l'interdit ou à la femme mariée non autorisée, qui ont contracté avec une personne capable, d'exiger l'exécution du contrat : ce qu'ils feront naturellement, si le contrat est avantageux pour eux, s'il a rendu leur situation meilleure. Elle leur permet aussi, dans la plupart des cas au moins, de se dédire en demandant la nullité du contrat, et ils prendront ce parti bien évidemment quand le contrat leur sera préjudiciable, quand il aura rendu leur situation pire. La personne capable, qui a contracté avec un incapable, est donc pleinement à la discrétion de celui-ci : ce dont elle n'a pas le droit de se plaindre; car elle a dû connaître la condition de celui avec qui elle contractait, et prévoir par conséquent l'instabilité du contrat qu'elle passait. *Sibi imputet cur cum tali contraxerit.*

Mais la faveur accordée à l'incapable ne va pas jusqu'à lui permettre de s'enrichir aux dépens de la personne avec qui il a contracté. Le mineur, l'interdit ou la femme mariée, qui, sur le fondement de son incapacité, demande la nullité d'un contrat, devra donc restituer ce qu'il a reçu en exécution de ce contrat. Ainsi le mineur, par exemple, qui a vendu un bien et qui fait rescinder la vente, devra restituer le prix ou la partie du prix qu'il a touchée, si du moins il en a profité. V. art. 1312.

B. *Personnes frappées d'une incapacité spéciale de contracter.*

834. « Et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains con- » trats », dit l'art. 1124 *in fine*. C'est ainsi que le tuteur ne peut acheter les biens de son pupille (art. 450 al. 3). De même le contrat de vente est interdit entre époux (art. 1595). D'autres incapacités spéciales de contracter résultent des art. 1596, 1597, 1840, 2045 et 2124.

Nous rangeons également les prodigues et les faibles d'esprit, soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire, dans la catégorie des personnes auxquelles la loi interdit certains contrats; il n'est pas exact de dire qu'ils sont d'une manière générale incapables de contracter, car la capacité est pour eux la règle, l'incapacité, l'exception. Voyez art. 499 et 513, et t. I, n. 1189.

Nous ne voyons aucune difficulté à étendre aux contrats, nuls pour avoir été passés par le prodigue ou le faible d'esprit sans l'assistance de son conseil, la disposition de l'art. 1125 al. 2, aux termes duquel : « Les personnes capables de s'engager ne » peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'*interdit* ou de la femme mariée, avec » qui elles ont contracté ». On nous objectera peut-être que cette extension est fort rationnelle de la part de ceux qui, assimilant les personnes pourvues d'un conseil judiciaire aux interdits, les placent parmi les personnes frappées d'une incapacité générale de contracter, mais que, pour ceux qui n'admettent pas cette assimilation, elle constitue une violation de la règle que les exceptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Nous répondons que l'art. 1125 al. 2 n'est point une disposition exceptionnelle, mais une application particulière de cette règle générale que la *nullité* d'un contrat ne peut être invoquée que par celui en faveur duquel elle a été établie, à la différence de l'inexistence qui peut être invoquée par tout intéressé.

SECTION III

DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONTRATS

* **835.** *De ce qui peut faire l'objet et la matière des* OBLIGATIONS : tel est l'intitulé que Pothier donne à la section dans laquelle il traite du sujet qui va nous occuper. Notre législateur, certainement sans avoir l'intention de modifier l'idée que cet intitulé exprime, l'a remplacé par celui qu'on vient de lire : *De l'objet et de la matière des* CONTRATS : ce qui annonce dans son esprit une confusion entre l'objet de l'*obligation* et celui du *contrat*. La confusion que fait soupçonner la rubrique, éclate dans les articles de la section, où il est parlé, tantôt de l'objet du *contrat* (art. 1126 à 1128), tantôt de l'objet de l'*obligation* (art. 1129 et 1130). Demante écrit à ce sujet (t. V, n. 40) : « La loi confond avec raison l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. En effet, le contrat n'ayant pas d'autre but que de produire une ou plusieurs obligations, il a forcément pour objet ce qui fait la matière de l'engagement ou des engagements qui doivent en naître ». — Nous croyons au contraire que la loi a eu tort de confondre l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. A notre avis, le contrat a pour objet le droit qu'il a pour but de créer : ce sera, soit un droit de propriété, d'usufruit ou d'usage sur une chose, soit le droit d'exiger l'accomplissement d'un fait ou une abstention. Cpr. art. 1127. Et ce droit, qui a pour contre-partie l'obligation du débiteur, a lui-même pour objet, comme cette dernière, la chose ou le fait promis. En un mot, l'objet du contrat, c'est le droit que les parties veulent créer en contractant; l'objet de l'obligation, c'est la chose ou le fait auquel ce droit s'applique.

836. D'après les idées généralement reçues, l'objet de l'*obligation,* et par suite du *contrat,* c'est ce sur quoi porte l'obligation, c'est la matière de l'obligation.

Les deux mots *objet* et *matière,* que la rubrique de notre section paraît présenter comme éveillant des idées distinctes, sont synonymes. On n'en peut guère douter, quand on voit l'art. 1108 nous parler d' « un *objet* certain qui forme la *matière* de » l'engagement ».

837. Aux termes de l'art. 1126 : « *Tout contrat a pour objet une » chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire » ou à ne pas faire* ».

= *A donner..., à faire ou à ne pas faire.* Nous savons que *donner* signifie ici transférer la propriété *dare* (*supra* n. 782). Le législateur s'occupera dans deux sections distinctes de l'obligation de donner (section II du chap. III), et de l'obligation de faire ou de ne pas faire (section III du même chapitre).

L'art. 1126 aurait été mieux rédigé dans les termes suivants : « L'objet de l'obligation peut consister en une chose ou en un fait ». Nous étudierons successivement ces deux hypothèses.

I. *L'obligation a pour objet une chose.*

838. La chose, qui forme l'objet de l'obligation, doit : 1° être *in rerum natura ;* 2° être dans le commerce ; 3° constituer un objet certain, c'est-à-dire être déterminée ou déterminable.

839. 1° La chose qui fait l'objet de l'obligation, doit être *in rerum natura*, c'est-à-dire qu'elle doit exister; autrement l'obligation serait sans objet et par suite *inexistante*. Ainsi je vous vends mon cheval, qui est mort la veille à mon insu; il n'y a pas de vente, parce qu'il n'y a pas d'objet. Cpr. art. 1601.

840. 2° La chose doit être dans le commerce, *in hominum commercio,* c'est-à-dire susceptible de faire l'objet du droit que les parties veulent établir sur elle à l'aide de la convention. « *Il n'y a que les » choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conven- » tions* », dit l'art. 1128.

Chez les Romains, ceux-là seuls qui avaient le *jus commercii* pouvaient faire toutes sortes d'actes juridiques relatifs aux biens; cette faculté n'appartenait qu'aux citoyens. C'est en partant de cette idée qu'on a appelé choses *hors du commerce* celles qui ne peuvent faire l'objet d'aucune convention.

Il n'y a qu'un très petit nombre de choses qui soient *d'une manière absolue* hors du commerce, c'est-à-dire qui ne puissent faire l'objet d'aucune convention. Beaucoup de choses, au contraire, sont hors du commerce d'une manière relative. Il en est ainsi des immeubles dotaux : ils ne peuvent être aliénés ni directement ni indirectement pendant le cours du mariage; mais ils sont susceptibles de toutes les conventions qui ne tendent pas à une aliénation, notamment du contrat de louage. De même, la plupart des choses qui ont une destination d'utilité publique se prêtent à certaines conventions. Ainsi l'administration autorise tous les jours, moyennant une redevance annuelle, l'établissement sur le rivage de la mer de constructions temporaires, principalement de cabines destinées aux baigneurs. De même un particulier peut être autorisé à établir un tunnel ou un aqueduc sous une route nationale. Ces diverses concessions ont un caractère précaire à l'égard du concédant, mais la jurisprudence les considère comme constitutives de véritables droits à l'égard des tiers.

841. Une chose peut être hors du commerce :

Soit à raison de sa *nature,* comme l'air, la mer;

Soit à raison de sa *destination,* comme les choses faisant partie du domaine public, par exemple les places fortes, les routes nationales, les fleuves... ;

Soit par des considérations d'ordre public : telles sont les substances vénéneuses, dont la vente n'est autorisée qu'avec d'importantes restrictions (loi du 19 juillet 1845), certaines armes (C. pén. art. 314 et ordonn. du 23 février 1837) et enfin les *successions futures.* Ce dernier point mérite de fixer quelque temps notre attention.

L'art. 791, que nous avons déjà étudié, défend de renoncer à la succession d'un homme vivant. L'art. 1130 renouvelle cette prohibition, et dégage en même temps le principe dont elle n'est qu'une déduction : « *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. — On ne peut* » *cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipu-* » *lation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui* » *de la succession duquel il s'agit* ». Cpr. art. 1600.

Les pactes sur succession future sont donc proscrits d'une manière générale dans notre droit. A tort ou à raion, notre législateur, conformément à une tradition séculaire, les a considérés comme *immoraux* et *dangereux : immoraux,* parce qu'on y spécule sur la mort d'une personne, le stipulant aura intérêt à ce que cet événement se réalise le plus promptement possible; *dangereux,* parce que, comme le dit fort bien M. Laurent, une espérance coupable peut faire naître des pensées criminelles. *Omnes hujusmodi pactiones odiosæ esse videntur, et plenæ tristissimi et* PERICULOSI *eventus,* dit la loi 30 C., *De pactis,* II, 3 (1). En lisant les œuvres de Pothier et les travaux préparatoires de la loi, on ne peut douter que ce soient là les motifs qui ont inspiré notre législateur. Et de là résulte une conséquence importante consacrée par une jurisprudence constante : c'est que les conventions, faites en violation de la prohibition dont il s'agit, ne sont pas seulement nulles, mais bien *inexistantes.*

Dans sa sévérité, notre législateur est même allé plus loin que la loi romaine et que notre ancien droit : le consentement de la personne, à l'hérédité future de laquelle le pacte est relatif, ne le validera pas (art. 1130 *in fine*); et, comme la loi ne distingue pas, on doit décider que le pacte serait nul, alors même que la personne de la succession de laquelle il s'agit serait l'une des parties contractantes, alors même en d'autres termes que la convention serait passée avec elle.

(1) On ne saurait cependant méconnaître que ces caractères ne se rencontrent pas toujours dans les pactes sur succession future : ce qui ne les empêcherait pas de tomber sous le coup de la prohibition générale formulée par notre loi. Il en serait ainsi notamment de la convention faite entre les héritiers présomptifs d'un homme vivant, de considérer comme non avenu tout testament qui avantagera l'un d'eux. Cass., 13 mai 1884, Sir., 84. I. 336.

Mais, s'il importe de ne pas restreindre arbitrairement la portée de la disposition qui prohibe d'une manière générale les pactes sur succession future, il ne faut pas non plus l'étendre en dehors de ses termes et de l'esprit qui l'a dictée. D'après ce principe, on ne devrait pas considérer comme pacte sur une succession future, nul à ce titre, une promesse qui ne doit être acquittée qu'à la mort du promettant. Il y a en pareil cas dette actuelle, le paiement seul est ajourné; il importe peu qu'il le soit jusqu'au décès du débiteur; ce n'est pas là une convention sur sa succession. Ainsi un père et une mère constituent une dot à leur fille, en convenant avec elle et son futur époux que cette dot ne sera payable qu'au décès du survivant des constituants. Cette convention est valable; elle fait naître une créance à terme, et il a été jugé que le gendre, en cédant cette créance avant la mort du survivant, ne fait pas un pacte sur la succession future de celui-ci.

Exceptionnellement la loi autorise dans certains cas des pactes sur une succession non ouverte. Nous en avons trouvé des exemples dans les art. 761, 918, 1075 et s., 1082 et s.

842. A part l'exception relative aux successions non ouvertes, les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation (art. 1130 al. 1). Ainsi je puis vendre la récolte que mon vignoble produira l'année prochaine, et je puis faire cette vente à tant la mesure, par exemple à 2,000 fr. le tonneau, ou pour un prix ferme, exemple : toute la récolte pour 50,000 fr.

Dans ce dernier cas l'acheteur devra-t-il payer son prix, si la récolte est nulle ou à peu près, par exemple si la gelée l'a détruite, ou l'a réduite à des proportions si exiguës qu'il ne vaut pas la peine de vendanger, parce que les frais absorberaient et au delà le produit? Tout dépend de la nature de la convention faite entre les parties. Si c'est seulement la chance d'une récolte qui a fait l'objet du contrat, alors c'est une simple espérance qui a été vendue (*spei emptio*); l'acheteur devra payer son prix quoi qu'il arrive, même si la récolte est nulle. Il y a vente *aléatoire,* et le prix aura naturellement été fixé en conséquence. Quand au contraire les parties ont traité en vue d'une récolte future, et non du simple espoir d'une récolte (*emptio rei speratæ*), la vente sera non avenue faute d'objet s'il n'y a pas de récolte ou s'il y a une récolte à peu près nulle; car en droit presque rien équivaut à rien, *nihil vel pene nihil nihilo æquiparatur.*

Mais comment savoir si c'est l'espoir d'une récolte (*emptio spei*), ou une récolte espérée (*emptio rei speratæ*) qui a été vendue? Au juge il appartiendra de résoudre cette question en cas de difficulté. Les principaux éléments de décision lui seront fournis par les termes de la convention et par la comparaison du prix avec la valeur probable de la récolte.

Les ventes de choses futures sont fréquentes dans le commerce. Souvent un industriel vend, livrables à terme, des marchandises qu'il n'a pas fabriquées et dont il ne possède peut-être même pas la matière première. Ainsi un fabricant de drap vendra à une compagnie de chemins de fer, 10,000 mètres de drap pour garnir des wagons, livrables dans un an, alors qu'au moment où il passe ce marché il n'a ni le drap ni même la laine pour le fabriquer. Ces ventes portent le nom générique de *ventes à livrer.*

843. 3° La chose qui forme l'objet de l'obligation doit être détermi-

née ou déterminable. On lit à ce sujet dans l'art. 1129 : « *Il faut que* » *l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son* » *espèce.* — *La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle* » *puisse être déterminée* ».

Ce texte n'est qu'un développement de l'art. 1108 al. 4, qui exige que l'obligation ait un *objet certain.* Entendez par *objet* CERTAIN celui que la convention détermine d'une manière suffisante pour que le débiteur soit lié sérieusement. Si le lien de l'obligation est tellement élastique que le débiteur puisse se libérer en faisant une prestation dérisoire, c'est-à-dire une prestation nullement onéreuse pour lui et sans utilité pour le créancier, l'obligation sera nulle. Il en serait ainsi dans deux cas : 1° si l'objet de l'obligation n'est déterminé que quant à son genre, par exemple si le débiteur s'est obligé à livrer *un animal,* sans dire de quelle espèce ; car le débiteur pourrait, sans sortir des termes de la convention, livrer au créancier un animal de nulle valeur ou même un animal nuisible ; 2° si, la chose objet de l'obligation étant de celles qui ne peuvent être utiles qu'à la condition d'être prestées en certaine quantité, le contrat ne contient aucune base pour déterminer la quantité à livrer, par exemple si le débiteur a promis *du blé* ou *du vin,* sans dire combien ; car il pourrait alors, toujours en restant dans les termes de la convention, s'acquitter en livrant quelques grains de blé ou quelques gouttes de vin, c'est-à-dire en faisant une prestation illusoire.

Mais il n'est pas nécessaire que la chose qui fait l'objet de l'obligation soit déterminée quant à l'*individu,* auquel cas l'objet de l'obligation serait un *corps certain,* comme si je me suis obligé à livrer la maison située cours de Tourny, n° 52, à Bordeaux, la pendule Louis XVI qui est sur la cheminée de mon cabinet de travail, l'anneau que je porte au doigt, la barrique de vin qui est dans ma cave. Une détermination beaucoup moins précise peut suffire, soit quant à la quotité de la chose, soit quant à sa nature. — *Quant à la quotité.* Ainsi je puis valablement m'obliger à vous fournir le foin nécessaire à la nourriture de votre cheval ou le charbon nécessaire à la consommation de votre usine pendant une année. Ici la quotité à prester n'est pas indiquée numériquement par le contrat, mais il fournit un élément certain pour sa détermination : on sait à peu près ce que consomme un cheval, et on peut savoir approximativement ce que consommera votre usine. — *Quant à la nature de l'objet.* Ainsi je puis valablement m'obliger à donner *un cheval,* sans dire lequel. Ici l'objet de l'obligation n'est pas seulement déterminé quant à son *genre,* comme il arriverait si j'avais dit *un animal,* mais aussi « quant à son *espèce* ». L'espèce n'est pas autre chose qu'une limitation du genre, *genus limitatum;* et la limita-

tion doit être assez précise pour que le lien de l'obligation soit sérieux : elle ne présenterait pas ce caractère, si l'on avait dit un *quadrupède* ou un *mammifère*. De même je puis valablement m'obliger à donner une pendule, un fusil. Il est vrai qu'il peut y avoir un écart considérable entre la valeur du meilleur et du plus mauvais cheval, d'une riche pendule et d'une modeste, d'un fusil fin et d'un fusil de pacotille... Mais l'intention des parties, révélée par les termes de l'acte et à défaut par les circonstances, permettra presque toujours de circonscrire l'obligation du débiteur dans un cercle assez étroit. Par exemple, si c'est une compagnie d'*omnibus* qui achète un certain nombre de chevaux, sans préciser autrement, la nature même du service auquel sont destinés ces animaux permettra de déterminer à très peu de chose près les conditions auxquelles ils doivent satisfaire, et précisera par conséquent l'obligation du vendeur qui connaissait leur destination.

En résumé, on peut concevoir trois degrés dans la détermination de la chose qui fait l'objet de l'obligation : — 1° La détermination peut être tellement précise qu'elle individualise complètement la chose, et ne laisse aucune latitude au débiteur dans l'accomplissement de la prestation promise : comme si je vous ai promis mon cheval Bucéphale. On dit alors que l'obligation a pour objet un *corps certain;* — 2° Une détermination, qui, tout en laissant au débiteur une certaine latitude pour l'exécution de son obligation, l'enferme cependant dans un cercle assez étroit pour qu'il soit tenu d'effectuer une prestation présentant une utilité réelle pour le créancier : par exemple s'il a promis un chien courant, une barrique d'huile d'olives, la quantité de bois nécessaire pour le chauffage de telle maison. On dit alors que l'objet de l'obligation est un *objet certain;* — 3° Une détermination tellement vague qu'elle équivaut à une indétermination complète, en ce sens qu'elle laisse au débiteur une latitude presque indéfinie pour l'exécution de son obligation et lui permet de se libérer en effectuant une prestation dérisoire et par conséquent sans utilité pour le créancier : par exemple si le débiteur a promis un animal ou même un quadrupède, du vin, du blé. Le lien de l'obligation est alors tellement relâché qu'il y a en réalité absence de lien ; il n'y a pas d'obligation.

844. Aux termes de l'art. 1127 : « *Le simple usage ou la simple pos-* » *session d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet d'un* » *contrat* ».

= *Comme la chose même.* C'est-à-dire comme la propriété de cette chose. La loi oppose ici les contrats qui ont pour objet le simple *usage* ou la simple *possession* d'une chose à ceux qui ont pour objet la chose même : entendez la *propriété* de la chose. — Comme exemples de con-

trats ayant pour objet l'usage d'une chose, on peut citer le louage, et le prêt à usage ou commodat : le locataire et l'emprunteur à usage n'acquièrent que le droit de se servir de la chose louée ou empruntée, le premier moyennant un prix, le second gratuitement. — Le gage nous offre l'exemple d'un contrat ayant pour objet la *simple possession* d'une chose : le créancier gagiste n'acquiert pas le droit de se servir de la chose donnée en gage, mais seulement celui de la posséder *pignoris jure* jusqu'au paiement de la dette. Ce paiement une fois effectué, il doit la restituer. Si le débiteur ne paie pas à l'échéance, alors le créancier a le droit de faire vendre la chose et de se payer par privilège sur le prix. — Enfin la vente, l'échange et la donation sont des contrats ayant pour objet la propriété d'une chose ; ils ont pour but de transférer la propriété ou un démembrement du droit de propriété.

II. *L'obligation a pour objet un fait.*

845. L'obligation peut astreindre le débiteur à faire ou à ne pas faire quelque chose. Ainsi je puis m'obliger à construire une maison, à peindre un tableau, à jouer sur un théâtre... (obligation de faire), ou à ne pas planter sur mon terrain, à ne pas bâtir, afin de laisser à votre maison une vue libre sur la campagne... (obligation de ne pas faire) ; je promets dans le premier cas un fait, dans le second l'abstention d'un fait.

Le fait positif ou négatif qui forme l'objet de l'obligation doit être possible, utile au créancier et licite.

1° *Possible.* La promesse d'un fait impossible n'oblige pas le débiteur, *impossibilium nulla obligatio :* ce qui toutefois ne doit s'entendre que d'une impossibilité absolue, c'est-à-dire d'une impossibilité existant pour tout le monde, et non d'une impossibilité relative au débiteur. Ainsi la promesse de construire une machine obligerait celui qui l'a faite, alors même qu'il ne posséderait pas les notions les plus élémentaires de l'art mécanique ; l'inexécution de cette promesse le rendrait donc passible de dommages et intérêts.

2° *Utile* au stipulant. Car autrement le créancier, n'ayant aucun intérêt à l'exécution de la promesse, n'aurait aucune action pour y contraindre le débiteur ; celui-ci pourrait donc y contrevenir impunément : ce qui revient à dire qu'il n'est pas lié.

3° *Licite.* La promesse d'un fait *illicite,* c'est-à-dire contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ne saurait engendrer aucune obligation, parce que de semblables faits sont légalement ou moralement impossibles, impossibles pour un homme honnête, *nec nos facere posse credendum est.*

SECTION IV

DE LA CAUSE

846. La cause est la dernière condition que l'art. 1108 nous présente comme essentielle à la *validité*, il faut même dire à l'*existence* des conventions. Il règne une grande obscurité sur cette matière.

On peut définir la cause : le but *immédiat* et par conséquent *essentiel* qu'on se propose d'obtenir en s'obligeant, *id quod inducit ad contrahendum*. La cause est donc le mobile de celui qui s'oblige : il y en a toujours un, car nul ne s'oblige sans but; elle est la raison d'être de l'obligation, son *pourquoi*. Aussi Oudot a-t-il eu raison de dire que la cause d'une obligation est indiquée par la réponse à la question *Cur debetur ?* Appliquons ce *criterium*. Je vous vends ma maison moyennant 100,000 fr. Ce contrat fait naître des obligations réciproques; car la vente est un contrat synallagmatique : obligation pour moi, vendeur, de vous rendre propriétaire de la maison (1) et de vous la livrer; obligation pour vous, acheteur, de me payer le prix. Quelle est la cause de ces diverses obligations ? — En ce qui concerne le vendeur tout d'abord ? Pourquoi me suis-je obligé, dans l'espèce proposée, à vous rendre propriétaire de ma maison et à vous la livrer ? C'est pour obtenir que vous vous obligiez de votre côté à me payer la somme de 100,000 fr. dont j'ai besoin; votre obligation sert donc de cause à la mienne : elle en est la raison d'être, en même temps que la contre-partie. — Voyons maintenant quelle est la cause de l'obligation de l'acheteur. Pourquoi vous êtes-vous obligé dans l'espèce à me payer 100,000 fr. ? C'est pour me déterminer à contracter envers vous l'obligation de vous rendre propriétaire de ma maison et de vous la livrer; l'obligation de l'acheteur a donc pour cause l'obligation du vendeur, de même que celle-ci a pour cause l'obligation de l'acheteur. — En un mot, le but immédiat que se propose le vendeur est d'obliger l'acheteur envers lui; le but immédiat que se propose l'acheteur est d'obliger le vendeur envers lui. Ces deux obligations se servent donc réciproquement de cause.

Ce qui vient d'être dit de la vente peut être appliqué à tous les contrats synallagmatiques. Nous établirons donc en principe que, dans les contrats synallagmatiques, les obligations de chacune des parties ont pour cause celles de l'autre ou des autres.

Dans les contrats unilatéraux, la cause varie suivant la nature du contrat. S'agit-il d'un prêt (*à usage* ou *de consommation*, peu importe)?

(1) On verra sous l'art. 1138 que la loi réputé cette obligation immédiatement exécutée, indépendamment de toute tradition : la propriété est acquise à l'acheteur *hic et nunc*, de sorte que l'obligation contractée par le vendeur de le rendre propriétaire, étant réputée acquittée instantanément, meurt au moment même où elle naît. Mais enfin elle prend naissance, et il y a lieu de rechercher sa cause.

la cause de l'obligation de l'emprunteur est dans la prestation qui lui a été faite par le prêteur : c'est en considération de cette prestation qu'il s'est obligé. Pourquoi doit-il ? parce qu'il a reçu ; c'était là le but immédiat qu'il poursuivait en empruntant, c'est-à-dire en s'obligeant à rendre : recevoir la chose objet du prêt. La cause serait la même dans le dépôt et dans le gage. Dans le contrat de donation, il n'y a pas d'autre cause à l'obligation du donateur qu'une pensée de bienveillance, le désir de procurer un avantage au donataire. Le but immédiat que se propose d'obtenir le donateur en s'obligeant, c'est de gratifier le donataire ; il est mû par une pensée de libéralité.

Les idées, que nous venons d'émettre sur la notion de la cause, paraissent bien avoir été celles qui ont inspiré notre législateur. Bigot-Préameneu, qui n'a guère fait que résumer les explications de Domat sur ce point, dit dans l'exposé des motifs : « La cause est dans l'intérêt » réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles ». L'intérêt réciproque des parties dans les contrats synallagmatiques ne peut consister que dans les obligations réciproques engendrées par le contrat ; l'intérêt de chaque partie consiste dans la promesse de l'autre. Ainsi, dans la vente par exemple, l'intérêt du vendeur consiste dans l'obligation de l'acheteur, de même que l'intérêt de l'acheteur dans l'obligation du vendeur. Le passage cité de Bigot-Préameneu confirme donc ce que nous avons dit à ce sujet.

847. Distinction de la cause, de l'objet et du motif. — Il importe beaucoup de ne pas confondre la cause de l'obligation soit avec l'objet, soit avec le motif.

Avec l'objet. La distinction est facile : pour trouver la cause il faut, nous l'avons vu, se demander *cur debetur ;* pour trouver l'objet, il suffit de rechercher *quid debetur.* Ainsi, dans la vente, l'obligation du vendeur a pour objet la chose vendue, celle de l'acheteur le prix ; dans le prêt, l'obligation de l'emprunteur a pour objet la chose même qu'il a reçue ou une chose équivalente, suivant qu'il y a prêt à usage ou prêt de consommation ; dans la donation, l'obligation du donateur a pour objet la chose donnée...

Un assez grand nombre d'auteurs prétendent que la cause de l'obligation se confond avec son objet, au moins dans les contrats synallagmatiques. Ainsi, dans la vente, disent-ils, quelle est la cause de l'obligation du vendeur ? C'est le prix : il contracte pour avoir le prix. Et quelle est la cause de l'obligation de l'acheteur ? C'est la chose vendue : il contracte pour avoir cette chose. L'objet de l'obligation de l'acheteur sert donc de cause à l'obligation du vendeur, et réciproquement l'objet de l'obligation du vendeur sert de cause à l'obligation de l'acheteur. — Erreur, à notre avis. Sans doute le vendeur contracte pour avoir le prix, et l'acheteur pour avoir la chose ; mais le premier n'obtient le prix qu'en exécution de l'obligation de l'acheteur, et le second, la chose, qu'en exécution de l'obligation du vendeur. L'obligation de l'acheteur est donc un intermédiaire obligé entre le vendeur et le prix, de

même que l'obligation du vendeur, entre l'acheteur et la chose. Le but *immédiat* que se propose le vendeur est d'obtenir l'obligation de l'acheteur, pour arriver à toucher le prix en exécution de cette obligation, de même que le but immédiat de l'acheteur est d'obtenir l'obligation du vendeur, pour arriver par suite de l'exécution de cette obligation à être propriétaire de la chose vendue; de sorte que l'obligation du vendeur a pour cause celle de l'acheteur, et réciproquement.

Quelques auteurs vont plus loin : ils nient que la cause se distingue de l'objet, même dans les contrats unilatéraux, et ils concluent que notre législateur n'aurait pas dû parler de la cause : elle ferait dans tous les cas double emploi avec l'objet. Ainsi dans le prêt, dit-on, quelle est la cause de l'obligation de l'emprunteur? C'est la chose que lui a livrée le prêteur, de sorte que cette chose est en même temps l'objet et la cause de l'obligation de l'emprunteur. — Notre réponse est toujours la même : la cause de l'obligation de l'emprunteur n'est pas dans la chose qu'il a reçue, mais dans la *prestation* de cette chose, effectuée par le prêteur : ce qui est bien différent. Dans la vente, l'obligation de chaque partie a pour cause une autre *obligation;* dans le prêt, l'obligation unique de l'emprunteur a pour cause une *prestation* et non l'objet presté. Il y a d'ailleurs un contrat unilatéral, dans lequel il est impossible de confondre l'objet avec la cause, c'est la donation. L'objet de l'obligation du donateur, c'est la chose donnée; dira-t-on qu'elle est aussi la cause de cette obligation ?

848. Nous avons dit qu'il ne faut pas confondre non plus la *cause* de l'obligation avec son *motif*. La distinction entre la cause et le motif est délicate, parce qu'il y a une étroite parenté et par suite une assez grande similitude entre ces deux choses. L'une et l'autre sont un mobile; or les mobiles des actions humaines présentent une extrême diversité, et la difficulté est de savoir quel est entre eux tous celui qui constitue la cause et quels sont ceux qui constituent les motifs. J'ai besoin de blé pour ensemencer mes terres; j'en achète 20 hectolitres moyennant 400 fr. Si, voulant rechercher la cause de l'obligation que j'ai contractée envers le marchand de lui payer 400 fr., nous nous posons la question Oudot, *Cur debetur,* il y a deux réponses : 1° j'ai contracté cette obligation pour obtenir que le marchand s'obligeât à me livrer 20 hectolitres de blé; 2° je l'ai contractée pour arriver à pouvoir ensemencer mes terres. Eh bien ! la première réponse donne l'indication de la cause, et la deuxième, celle du motif : la cause de mon obligation, c'est l'obligation que le marchand a contractée envers moi; son motif, c'est la nécessité d'ensemencer mes terres. Mais pourquoi n'est-ce pas tout aussi bien l'inverse? Des deux buts que je me suis proposés en achetant, il y en a un qui est immédiat, qui est essentiel, qui se rencontrera toujours dans tous les marchés du même genre : acquérir du froment et par suite obliger quelqu'un à m'en fournir, c'est la cause; l'autre but, ensemencer mes terres, est plus éloigné, il n'est pas essentiel, en ce sens qu'il pourrait ne pas exister dans un marché absolument semblable : on peut acheter du froment pour se nourrir, pour le distribuer aux pauvres, pour le revendre... ; c'est le motif de l'obligation.

On voit que le motif, comme la cause, est un but, but immédiat et essentiel dans un cas, but plus éloigné et accidentel dans l'autre; de sorte que c'est en quelque manière une question de proximité qui distingue la cause du motif, si bien qu'on pourrait peut-être définir ces deux choses l'une par l'autre en disant : la *cause,* c'est le *motif* prochain, immédiat, essentiel de l'obligation; le *motif,* c'est la *cause* éloignée, *causa remota,* la cause de la cause, *causæ causarum,* le pourquoi du pourquoi. J'ai promis de payer 400 fr. parce que j'ai voulu me procurer du blé; j'ai voulu me procurer du blé parce que j'en avais besoin pour ensemencer mes terres... Et ces définitions paraissent excellentes, parce qu'elles font saisir, dans une matière aussi délicate, le point de contact et le point de séparation entre deux choses qu'un examen superficiel permettrait peut-être de confondre. C'est ainsi qu'en physique on a pu définir le *brouillard* « un *nuage* dans lequel on est », et le *nuage* « un *brouillard* dans lequel on n'est pas » : ce qui fait comprendre à merveille que le brouillard est la même chose que le nuage, à cela près qu'il règne à la surface de la terre, tandis que le nuage plane dans des régions plus élevées. C'est une question de proximité qui les distingue, comme le motif et la cause.

En deux mots, parmi les divers buts qu'on peut se proposer en contractant, le plus prochain est la cause, les autres sont les motifs de l'obligation. Le premier est *essentiel :* il sera toujours le même dans une convention d'une nature déterminée. Le second est *accidentel :* il variera à l'infini dans diverses conventions exactement semblables les unes aux autres. Si deux personnes achètent chacune une maison, la cause de leur obligation sera la même, le motif sera probablement différent.

849. La cause est un élément essentiel à l'existence de l'obligation. Aussi l'art. 1131 dispose-t-il que « *L'obligation sans cause, ou sur une* » *fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

La loi nous parle d'abord d'une obligation *sans cause.* On ne conçoit guère qu'une personne s'oblige sans cause; comme on l'a fort bien dit, il n'y a qu'un fou qui puisse agir ainsi.

Mais, dans certaines obligations dont la cause est *successive,* c'est-à-dire incessamment renouvelée, il peut arriver que la cause qui existait lors de la formation de l'obligation vienne à cesser au bout d'un certain temps; à dater de ce moment, l'obligation se trouvera sans cause et cessera de subsister. Ainsi je vous ai loué ma maison pour trois années, à raison de 3,000 fr. par an. La cause de votre obligation de payer les loyers est dans l'obligation que je contracte moi-même de vous procurer la jouissance de ma maison pendant le temps convenu : c'est une cause *successive,* parce que je dois vous procurer la jouissance chaque jour successivement, jusqu'à l'expiration du bail. Supposons qu'au bout d'une année ma maison vienne à périr par cas fortuit. Me voilà libéré de l'obligation de vous en procurer la jouissance, à raison de l'impossibilité où je me trouve sans ma faute d'exécuter cette obligation,

impossibilium nulla obligatio (art. 1302); devrez-vous néanmoins me payer les loyers jusqu'à l'époque fixée pour l'expiration du bail? Non, parce qu'à partir du moment où mon obligation de vous faire jouir de la chose louée cesse d'exister, votre obligation de payer les loyers se trouve être sans cause; donc elle n'existe plus. L'art. 1741 dit que le contrat de louage est alors résolu. Entendez : résolu de plein droit, par la seule autorité de la loi ou plutôt de la raison et du bon sens; car, l'obligation de l'une des parties étant éteinte, et l'autre n'ayant plus de cause, ce qui la rend désormais inexistante, il est clair que le contrat ne saurait subsister.

850. Notre article parle ensuite de l'obligation contractée sur une *fausse cause*. La fausse cause peut être *erronée* ou *simulée*.

Elle est *erronée*, lorsqu'elle n'existe que dans la pensée de celui qui s'oblige : il croit à l'existence d'une cause qui n'existe pas en réalité; il est donc dans l'erreur relativement à la cause, d'où le nom de cause *erronée*. Ainsi vous me présentez un testament olographe de mon père aujourd'hui décédé, contenant à votre profit un legs de cent hectolitres de froment; pour m'acquitter de ce legs, je vous propose, ce que vous acceptez, de vous donner 2,000 fr. à la place des cent hectolitres de froment, et je souscris un engagement de vous payer cette somme dans un mois. Quelle est la cause de cet engagement? C'est l'acquittement du legs : le but immédiat que je me propose d'obtenir en m'obligeant à vous payer les 2,000 fr., c'est de me libérer de l'obligation dont je me crois tenu en vertu du testament. Plus tard je découvre un codicille contenant la révocation du legs fait à votre profit; que résulte-t-il de là? C'est que l'obligation que j'ai contractée de vous payer les 2,000 fr. a une cause erronée, par conséquent une fausse cause : je croyais être débiteur, et je ne l'étais pas; mon obligation ne produira donc aucun effet.

C'est seulement la fausseté de la *cause*, qui, aux termes de l'art. 1131, rend l'obligation sans valeur; la fausseté du *motif* ne produirait pas le même résultat. Cpr. Bordeaux, 6 février 1885, Sir., 86. 2. 16. Ici apparaît donc l'intérêt de la distinction entre la cause et le motif. Ainsi, dans la persuasion où je suis qu'une riche succession m'est échue, j'achète une maison; puis j'apprends que la personne dont je me croyais héritier est encore vivante, ou qu'elle m'a dépouillé par un legs universel. Bien que le motif qui m'a déterminé à acheter soit faux, je n'en serai pas moins lié par le contrat que j'ai passé.

La cause est *simulée*, lorsque les parties ont volontairement et sciemment assigné à l'obligation une cause autre que la véritable. Il faut supposer que les parties ont quelque intérêt à dissimuler la vérité, et, pour mieux faire illusion, elles ne se bornent pas à garder le silence sur la cause véritable de l'obligation, elles en indiquent une autre qui est fausse. Ainsi on me soustrait une somme de 1,000 fr.; je découvre le voleur, qui promet de me rembourser, en me suppliant de garder le silence; je consens, pour ne pas lui faire signer l'aveu

de son délit, à accepter de lui une reconnaissance ainsi conçue : « Je promets de payer à Mr N. la somme de 1,000 fr. *qu'il m'a prêtée* ». La véritable cause de cette obligation est une restitution; le prêt qui est indiqué dans l'écrit n'est qu'une cause simulée. Les billets dits *de complaisance* contiennent souvent aussi l'indication d'une cause simulée. Cpr. Cass., 30 mai 1883, Sir., 84. 1. 154.

L'indication d'une cause simulée, d'une fausse cause par conséquent, ne rend pas nécessairement l'obligation nulle. En effet la simulation n'est pas dans notre droit, par elle-même et par elle seule, une cause de nullité. Cette proposition n'est pas contredite par l'art. 1131; car il ne dit pas que l'obligation ne peut avoir aucun effet, lorsque la cause a été *faussement indiquée,* mais bien lorsqu'elle a été *contractée sur une fausse cause;* or ici l'obligation n'a pas été contractée sur la fausse cause que les parties ont indiquée, mais bien sur la véritable cause dont elles ont à dessein dissimulé l'existence. — Bien entendu, l'obligation dont la cause est simulée ne sera valable qu'autant que sa cause vraie sera licite; autrement rien ne serait plus facile aux parties que d'éluder la règle, qui déclare destituées de toute efficacité les obligations contractées sur une cause illicite. Aix, 10 janvier 1878, Sir., 78. 2. 211.

851. Nous arrivons à la cause *illicite.* L'art. 1133 nous en donne la définition en ces termes : *La cause est illicite, quand elle est prohibée » par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre » public* ». On trouvera peut-être cette définition un peu vague; mais elle devait nécessairement présenter ce caractère, pour comprendre tous les cas que le législateur avait en vue et qui sont extrêmement nombreux. Quoi qu'il en soit, le défaut de précision voulu et peut-être inévitable de notre article a fait naître dans la pratique de nombreux procès, et il faut reconnaître que c'est souvent une question fort délicate en effet que celle de savoir si la cause d'une obligation est ou n'est pas illicite.

Il y a cependant un certain nombre de cas où le caractère illicite de la cause est évident. Nous citerons notamment les suivants :

1° Lorsque la cause consiste dans la promesse d'accomplir un fait délictueux ou même seulement contraire à la morale : par exemple si un homme s'oblige à payer une certaine somme d'argent à une femme comme prix de la promesse que lui fait celle-ci de nouer ou de continuer avec lui des relations illicites. Cpr. Agen, 7 juillet 1886, Sir., 86. 2. 189, et Cass., 23 juin 1887, Sir., 87. 1. 361.

2° Lorsqu'elle consiste dans la promesse de s'abstenir d'un fait délictueux, comme si je vous ai promis une certaine somme pour vous déterminer à renoncer à une liaison adultérine. Il y a immoralité à

stipuler une somme d'argent comme prix de l'abstention d'un fait que la loi réprouve;

3° Lorsqu'une obligation est contractée dans le but de soustraire le promettant à des poursuites criminelles, à raison d'un délit qu'il a commis. Telle serait l'obligation contractée par l'auteur d'une tentative d'assassinat envers sa victime, pour obtenir que celle-ci ne le dénonce pas;

4° Lorsqu'on stipule une somme d'argent pour l'accomplissement d'une obligation dont on est déjà tenu : par exemple si un dépositaire se fait promettre une somme d'argent pour restituer le dépôt qu'il a reçu;

5° Nul doute aussi qu'il y ait lieu de considérer comme ayant une cause illicite l'obligation contractée à titre de *dédit de mariage,* c'est-à-dire la promesse que l'un des futurs époux fait à l'autre de lui payer une certaine somme d'argent s'il se retire; et aussi l'obligation, contractée par le cessionnaire d'un office ministériel envers le cédant, de lui payer en secret un prix supérieur à celui qui est stipulé dans le traité apparent; car une telle convention aurait pour résultat de déjouer la surveillance, que l'Etat s'est réservé le droit d'exercer sur la cession des offices, pour des considérations d'ordre public. Après quelques variations, la jurisprudence est aujourd'hui très ferme dans ce sens. Cass., 13 juillet 1885, Sir., 86. 1. 205.

852. Dans beaucoup d'autres cas, le caractère illicite de la cause n'éclate pas avec autant d'évidence. Un des plus intéressants concerne les agences matrimoniales. Nous en dirons quelques mots.

De nos jours le courtage a tout envahi, même les choses qui sembleraient devoir être le plus étrangères à son domaine, même le mariage; il y a donc des *courtiers matrimoniaux.* Le nom est peut-être nouveau, mais la chose ne l'est pas; car cette industrie était déjà connue à Rome, où l'on donnait le nom de *proxénètes* à ceux qui l'exerçaient. Les adeptes de cette profession répudient aujourd'hui l'une et l'autre qualification; ils veulent qu'on les appelle des *entremetteurs de mariage;* c'est plus respectueux. Chacun sait le rôle qu'ils jouent : ils préparent les mariages en fournissant aux futurs les moyens de se rencontrer, en négociant au besoin, et, pour le cas de succès, ils stipulent comme prix de leur entremise un salaire qui est ordinairement fixé à tant pour cent du montant de la dot. Il faut croire que les unions contractées par ce moyen ne procurent pas toujours le bonheur aux époux; car il est arrivé à plusieurs reprises que, le mariage une fois conclu, l'entremetteur s'est vu refuser son salaire, sans doute parce que le client n'était pas satisfait de son acquisition. De là l'exercice d'une action en justice de la part de l'entremetteur pour obtenir son paiement. La jurisprudence ne s'est pas en général montrée favorable aux prétentions des entremetteurs; plusieurs décisions judiciaires, dont une émanée dea lc our de cassation, ont déclaré l'obligation consentie au profit de l'entremetteur non existante comme ayant une cause illicite. Bornons-nous à citer les deux décisions les plus récentes : la première de la cour de Nîmes, 18 mars 1884, Sir., 84. 2. 100; la deuxième de la cour de Paris, 11 janvier 1884, Sir., 84. 2. 132.

Nous ne sommes pas sympathique aux entremetteurs de mariage; mais, si on

laisse de côté la question de sentiment pour ne s'occuper que de la question de droit, il semble bien difficile de les condamner sur le terrain de la *cause*. Analysons la convention. Quel est le but immédiat que se propose d'obtenir celui qui souscrit une obligation au profit d'un entremetteur de mariage? C'est d'arriver à contracter mariage par les soins de l'entremetteur, qui s'engage à déployer toute sa diplomatie en vue de l'obtention de ce résultat. En un mot, l'entremetteur promet ses services moyennant salaire pour amener la conclusion d'un mariage, c'est un *locator operarum;* l'obligation que l'on contracte envers lui a pour cause l'obligation qu'il contracte de son côté de préparer les voies et moyens pour arriver à la conclusion d'un mariage. Que voit-on là d'illicite, non seulement dans la cause de l'obligation, mais même dans son motif? Les mariages ne se concluent guère que par le moyen d'intermédiaires; seulement la plupart du temps les intermédiaires agissent gratuitement. Nul ne songe alors à critiquer leur rôle, ni la conduite des futurs époux qui les mettent en mouvement. Le rôle de l'intermédiaire deviendrait-il donc illicite par cela seul qu'il est salarié? — A cela qu'oppose-t-on? « Au point de vue de la morale, dit le tribunal de Niort, le mariage qui est le lien le plus important de la vie, doit être aussi le plus saint et le plus sacré; il est du devoir de la justice de lui conserver cette pureté qui en fait le mérite et la force. Que s'il est permis à des tiers de s'interposer pour amener un rapprochement entre deux personnes que des convenances réciproques paraissent devoir unir, cette intervention, pour être morale, doit être le résultat d'une affection sincère et désintéressée. Admettre qu'il en puisse être autrement, ce serait avilir le mariage, qui deviendrait de la sorte l'objet d'une industrie et d'un trafic honteux » (Sir., 53. 2. 653). On ajoute que le rôle de l'intermédiaire salarié sera nécessairement déloyal, que le but intéressé qui le fait agir le conduira inévitablement à employer tous les moyens, bons et mauvais, pour assurer la réussite de ses négociations, qu'il pèsera sur la volonté des futurs époux... — Mais est-il donc impossible que l'entremetteur salarié agisse loyalement? S'il s'est borné à donner au futur époux des indications, exactes d'ailleurs, à faciliter des entrevues, à faire naître des occasions de se rencontrer.... pourquoi donc lui opposerait-on une fin de non-recevoir, quand il vient réclamer l'exécution de l'obligation librement souscrite à son profit? En pareil cas, l'immoralité, la déloyauté est-elle bien de son côté? Qu'on se montre sévère à l'égard de l'entremetteur, qu'on lui refuse toute action pour le paiement de son salaire, quand il est démontré qu'il a commis quelque fraude dans l'accomplissement de ce qu'il appelle son *mandat,* et qu'il a ainsi causé un préjudice à son client plutôt qu'il n'a véritablement servi ses intérêts, nous l'admettrons bien volontiers; mais poser en principe que l'obligation contractée envers l'entremetteur est nulle comme ayant une cause illicite, voilà ce qu'il ne nous paraît pas possible d'admettre. En droit romain, la question ne faisait pas de difficulté. *Proxenetica jure licito petuntur,* dit la l. 1, D., *De proxeneticis,* L. 14. Ce qui n'était pas immoral alors ne saurait l'être aujourd'hui; la morale ne change pas en traversant les siècles ou en franchissant un degré de latitude.

853. C'est l'obligation sur cause illicite, que l'art. 1131 déclare sans effet. Il en est autrement de l'obligation dont le motif seulement est illicite. Ici donc apparaît encore l'utilité de la distinction entre la cause et le motif. Cette distinction est nettement établie dans quelques décisions judiciaires. V. notamment Bordeaux, 6 février 1883, Sir., 85. 2. 16. Mais beaucoup d'autres l'ont perdue de vue et la confusion a engendré des décisions véritablement fantastiques. N'a-t-on pas vu tout récemment le tribunal de commerce de la Seine refuser, sur le fondement de la cause illicite, tout effet à l'obligation contractée par le directeur d'une maison de tolérance pour acquisition de vins de champagne destinés à être consommés dans son établissement?

Voici un cas beaucoup plus délicat : Un père fait à son enfant adultérin ou inces-

tueux une donation qui a trop d'importance, nous le supposons, pour pouvoir être considérée comme ayant un caractère alimentaire. Cette donation est-elle nulle comme ayant une cause illicite?

Deux points sont hors de doute :

1° Si la filiation de l'enfant est légalement constante, ce qui n'arrive que dans des cas assez rares, la donation est nulle, en tant qu'elle excède la limite établie par les art. 762 et 763;

2° La donation est valable, si la filiation de l'enfant n'est pas légalement constante et qu'elle ne soit pas révélée par les termes de l'acte de donation. Le lien qui unit le donateur au donataire est alors légalement ignoré, et tout doit se passer comme si le donateur et le donataire étaient étrangers l'un à l'autre.

Mais supposons que la filiation du donataire soit indiquée dans l'acte même de donation. Le donateur a dit : « Je donne à un tel, *mon fils adultérin* », ou même « *parce qu'il est mon fils adultérin* »; la donation sera-t-elle encore valable? Ce qu'il y a de certain, c'est que la déclaration du père, si formelle qu'elle soit, n'établit pas d'une manière légale la filiation de l'enfant; car la loi déclare inexistante la reconnaissance faite au profit d'un enfant adultérin ou incestueux (art. 335). Mais on peut se demander si du moins la donation n'est pas nulle comme ayant une cause illicite révélée par l'acte lui-même : avantager un enfant adultérin au delà des limites légales. La cour de cassation l'admet; elle a rendu plusieurs arrêts dans ce sens (1). On ne peut que louer assurément le sentiment qui a inspiré ces décisions. La conscience du magistrat se révolte devant le cynisme d'un homme, qui, étalant sa turpitude au grand jour, semble vouloir braver ouvertement la loi. Le code dit au père adultérin : « Toute donation que vous pourrez faire à votre enfant sera nulle, si elle excède les limites d'une disposition alimentaire » (art. 762 et 908 cbn.); et voilà le père adultérin qui vient dire tout haut : « Je me moque de votre prohibition; je déclare ici que Pierre est mon fils adultérin, et c'est précisément à raison de cette qualité que je lui donne tel immeuble ». Est-il possible de valider une semblable donation? Elle est nulle, dit la cour de cassation, nulle comme ayant une cause illicite. — Nous le souhaiterions vivement; mais il nous paraît impossible de l'admettre. Quelle est la cause d'une donation? Nous l'avons dit, c'est une pensée généreuse, un sentiment de bienveillance, une idée de libéralité. Comment donc la cause d'une donation pourrait-elle avoir en soi un caractère illicite? Le but immédiat que poursuit le donateur, c'est de gratifier le donataire : envisagée en soi et indépendamment des motifs qui la déterminent, c'est là une bonne action, et le législateur n'a pu la flétrir en la marquant du stigmate de la cause illicite. Ah! sans doute, le mobile qui a inspiré le donateur peut être plus ou moins répréhensible : une donation peut être le prix de complaisances coupables, le fruit de la haine du donateur contre ses héritiers légitimes, la récompense d'un crime... Mais ce sont là les *motifs* de la donation. Ils peuvent varier à l'infini, et nous avons dit que le législateur n'en tient pas compte, tandis qu'il a égard au contraire à la *cause*, qui est immuable, qui sera toujours la même dans un acte de la même nature. Pourquoi le donateur a-t-il fait la donation? Pour gratifier le donataire. Voilà le but immédiat, essentiel que poursuit tout donateur sans exception ; assurément il n'a rien d'illicite. Maintenant pourquoi le donateur a-t-il voulu gratifier le donataire? Parce qu'il est son fils adultérin ou incestueux : c'est là le pourquoi du pourquoi, la *causa remota*, le *motif* de la donation ; il peut y en avoir mille autres. Celui-là est illicite, nous en

(1) Le dernier est en date du 29 juin 1887, S.r., 87. 1, 358. Cet arrêt décide en outre que la preuve de l'adultérinité de l'enfant ne peut résulter que de l'acte même qui contient la libéralité. Notamment elle ne pourrait pas être puisée dans un testament antérieur révoqué.

convenons volontiers ; mais nous l'avons dit, la loi n'annule que les obligations qui ont une cause illicite, et non celles qui ont un motif illicite.

Au surplus, s'il n'est pas possible d'annuler une donation comme ayant une cause illicite, peut-être serait-il possible dans l'espèce proposée de l'annuler par application de l'art. 6, aux termes duquel : « On ne peut déroger, par des conventions particu- » lières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». C'est là une autre face de la question ; nous nous bornons à l'indiquer.

854. Effets de l'absence de cause ou de l'existence d'une cause vicieuse. — « L'obligation sans cause, ou sur une fausse » cause, ou sur une cause illicite, *ne peut avoir aucun effet* », dit l'art. 1131 déjà cité plus haut.

De cette formule énergique, les auteurs et la jurisprudence tirent cette conclusion : que l'obligation sans cause ou l'obligation sur une cause vicieuse n'est pas seulement nulle, mais *inexistante*. Cass., 25 avril 1887, Sir., 87. 1. 149. De là plusieurs conséquences.

a. Tout intéressé peut opposer l'inexistence d'une semblable obligation.

b. L'obligation sans cause ou sur une cause vicieuse n'est pas susceptible de confirmation ou de ratification soit expresse, soit tacite : on ne confirme pas le néant. Il en résulte notamment que la prescription de dix ans de l'art. 1304 ne serait pas ici applicable ; car elle ne constitue, comme on le verra, qu'un cas particulier de ratification tacite ; et d'ailleurs l'art. 1304 parle d'action en *nullité* ou en *rescision*, expressions qui supposent qu'il s'agit d'un acte nul, et non d'un acte inexistant ; on ne dirige pas d'action en nullité ou en rescision contre le néant.

c. Enfin ce qui a été payé en exécution d'une semblable obligation pourra être répété. Cass., 11 février 1884, Sir., 84. 1. 265, et 25 janvier 1887, Sir., 87. 1. 224. Les développements que ce point comporte seront donnés sous l'art. 1377.

855. Preuve de la cause. — Dans notre droit, les conventions sont valables, en principe, indépendamment d'un acte écrit qui les constate. Cependant, quand il s'agit de conventions d'une certaine importance, les parties dressent ordinairement ou font dresser un acte écrit, en l'absence duquel celui qui réclame l'exécution de la convention courrait le risque de se trouver embarrassé plus tard pour faire la preuve que l'art. 1315 met à sa charge.

Si la convention est synallagmatique, l'écrit qui sera dressé pour la constater indiquera nécessairement la cause des diverses obligations qu'elle engendre ; car on sait que, dans les contrats de cette nature, les obligations des parties se servent réciproquement de cause, et il n'est pas possible que l'acte constate la convention sans parler de ces obligations. Concevrait-on, par exemple, qu'un acte dressé pour constater une vente n'indiquât pas quelle est la chose que le vendeur

s'engage à livrer et quel est le prix que l'acheteur s'engage à payer? Mais alors qu'indiquerait-il donc? L'écrit qui constate un contrat synallagmatique sera donc nécessairement *causé;* on ne peut pas imaginer un écrit prouvant la convention sans prouver en même temps sa cause.

Il n'en est pas de même, s'il s'agit d'une convention unilatérale : on conçoit très bien qu'un écrit puisse constater l'unique obligation que cette convention engendre, sans en indiquer la cause. Ainsi un billet, souscrit pour constater l'obligation résultant d'un prêt, peut être ainsi conçu : « Je reconnais devoir à N. la somme de 1,000 fr. »; c'est un billet *non causé*. Il serait causé au contraire, s'il était ainsi conçu : « Je reconnais devoir à N. la somme de 1,000 fr. *qu'il m'a prêtée* ».

Supposons un écrit non causé. Le créancier, qui s'en prévaut pour réclamer l'exécution de l'obligation, devra-t-il prouver que l'obligation a une cause valable? ou bien l'existence de cette cause sera-t-elle présumée à son profit, de sorte que le débiteur ne pourrait se soustraire à a nécessité d'exécuter l'obligation qu'en prouvant qu'elle n'a pas une cause valable? En d'autres termes, en présence d'un écrit non causé, est-ce au créancier de prouver que l'obligation a une cause valable, ou au débiteur de prouver qu'elle n'en a pas? Telle est la question que nous paraît avoir voulu résoudre l'art. 1132, et on va voir qu'il la résout en faveur du créancier. « La convention *n'est » pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée* ». — La *convention*. Lisez l'*écrit* qui la constate. Ce n'est pas la seule fois qu'il soit arrivé au législateur de prendre dans ce sens le mot *convention* ou celui de *contrat* qui est équivalent. Voyez notamment les art. 931 et 1567 (1). D'ailleurs, si on conservait ici au mot *convention* sa signification usuelle, l'art. 1132 n'aurait pas de sens; car il est bien évident que les parties, en contractant, se sont nécessairement mises d'accord sur la cause de la convention, et que par conséquent cette cause a été exprimée par elles.

Notre article signifie donc que l'écrit dressé pour constater une convention n'est pas moins valable quoiqu'il n'en exprime pas la cause, que par conséquent le silence qu'il garde sur ce point ne l'empêchera pas de prouver d'une manière complète la prétention du créancier, sans que celui-ci ait à démontrer que l'obligation dont il réclame l'exécution a une cause et une cause valable; la loi en présume l'existence à son profit. Présomption très rationnelle d'ailleurs;

(1) La confusion vient peut-être de ce que le législateur désigne souvent sous une même dénomination, celle d'acte, soit la convention *negotium juridicum*, soit l'écrit qui la constate, *instrumentum*. On s'explique ainsi que le législateur ait pu prendre l'un pour l'autre deux mots qui ont le même synonyme.

car on ne s'engage pas sans cause, et, étant admis que l'obligation a nécessairement une cause, on devait la présumer licite, parce qu'on ne doit pas facilement supposer que les parties aient voulu violer la loi en contractant une obligation sur une cause illicite. C'est donc le débiteur qui devra, s'il veut échapper à la nécessité d'exécuter l'obligation, prouver qu'elle n'a pas une cause valable.

En ce sens, Cass., 28 octobre 1885, Sir., 86. 1. 200, et 20 juillet 1885, Sir., 85. 1. 308.

On a objecté que c'est exiger du débiteur la preuve d'un fait négatif, c'est-à-dire l'impossible. L'objection porte à faux. Le débiteur ne peut pas sérieusement prétendre qu'il s'est obligé sans cause : ce serait l'acte d'un fou; la seule chose qu'il puisse raisonnablement soutenir, c'est qu'il s'est obligé sur une fausse cause ou sur une cause illicite. La prétention du débiteur se trouve ainsi ramenée à un fait positif dont la preuve est, sinon facile, du moins possible.

* Supposons que l'écrit qui constate une obligation en indique la cause ; le débiteur a le droit de prouver que la cause indiquée est fausse. Dans le silence de la loi, la preuve de la fausseté de la cause demeure soumise aux règles du droit commun ; par conséquent cette preuve ne peut être faite par témoins ou par présomptions que s'il y a commencement de preuve par écrit (arg. art. 1347), à moins qu'il n'y ait fraude à la loi. Cpr. Cass., 30 mai 1883, Sir., 84. 1. 154. La fausseté de la cause une fois établie, il appartient au créancier de prouver que l'obligation a une cause valable. Nous sommes ici en dehors des prévisions de l'art. 1132. La présomption établie par cet article n'a lieu qu'au cas où la cause n'est pas exprimée dans l'écrit. Elle ne saurait donc être étendue au cas tout différent où l'écrit indique une fausse cause. Cass., 12 mai 1885, Sir., 85. 1. 440, et 30 novembre 1885, Sir., 86. 1. 316.

* **856.** L'interprétation que nous venons de donner de l'art. 1132, interprétation qui se résume à ceci : « l'obligation constatée par un écrit non causé est présumée avoir une cause valable », doit être admise sans distinction entre le cas où le billet non causé est ainsi conçu : *Je reconnais devoir...* et celui où il porte : *Je promets payer...* Ce sont là des variantes, qui souvent seront dues à un hasard de rédaction et qui nous paraissent ne devoir exercer aucune influence sur la force probante de l'écrit. Quelques auteurs ont cependant soutenu que, si le créancier est dispensé de faire la preuve de la cause quand le billet porte : *Je reconnais devoir...* il serait au contraire tenu de faire cette preuve lorsque le billet est ainsi conçu : *Je promets payer...* On dit en ce sens que la première formule fait supposer l'existence d'une cause : le souscripteur reconnaît être *débiteur,* donc il reconnaît implicitement que sa dette a une cause; tandis que par la seconde formule il ne se reconnaît pas débiteur, il promet seulement de payer, et il peut promettre de payer sans être débiteur. — Mais d'abord est-ce indiquer la cause de son obligation que de dire : *Je reconnais devoir ?* Il nous semble évident que non; car ce n'est pas dire *cur debetur.* D'un autre côté, n'est-ce pas se reconnaître débiteur que de dire : *Je promets payer ?* Il nous semble évident que oui ; *payer* c'est acquitter une dette; promettre de *payer* c'est donc promettre d'acquitter une *dette,* et par suite reconnaître qu'on est débiteur. La vérité est donc que, par la seconde formule comme par la première, le souscripteur se reconnaît débiteur, et que, par la première pas plus que par la seconde, il n'indique la cause de son obligation. Nous concluons que la force probante de l'écrit doit être la même dans les deux cas.

CHAPITRE III

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS

857. Le législateur traite pêle-mêle dans ce chapitre de l'effet des *conventions* et de l'effet des *obligations,* deux choses qu'il importe de ne pas confondre et que Pothier n'avait pas manqué de distinguer.

858. Effet des conventions. — Les conventions produisent ordinairement des obligations, soit à la charge des deux parties si le contrat est synallagmatique, soit à la charge d'une seule s'il est unilatéral. — Quelquefois elles ont seulement pour but de modifier ou d'éteindre des obligations préexistantes. — Enfin, dans certains cas, elles opèrent un transport de propriété ou l'établissement d'un droit réel.

* Toutefois, le transport de la propriété n'est, ainsi que nous le verrons plus loin, qu'un effet *médiat* de la convention qui a été formée dans ce but, en ce sens qu'il est seulement le résultat de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété, que cette convention a engendrée. Ainsi la vente, qui est une convention de donner, fait naître une obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur, et c'est l'exécution de cette obligation qui rend l'acheteur propriétaire. Il en est ainsi, non seulement lorsque la convention a pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce (tel serait le cas d'une vente de vingt hectolitres de froment), mais aussi lorsqu'elle a pour objet un corps certain, comme s'il s'agit par exemple de la vente de telle maison. Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, la loi répute l'obligation de transférer la propriété, que la convention engendre, immédiatement exécutée (art. 1138), et c'est en envisageant ce résultat final, sans tenir compte de la filière par laquelle la loi nous fait passer pour y arriver, qu'on a pu dire que la propriété est transférée par la convention elle-même. Mais on est allé trop loin, à notre avis, en disant que, sous notre droit actuel, l'obligation de transférer la propriété ne prend même pas naissance dans les conventions de donner relatives à un corps certain ; c'est rayer du code civil de nombreux textes qui parlent de cette obligation. La vérité est qu'elle naît, mais qu'elle meurt en naissant, parce qu'elle est réputée accomplie, exécutée, payée au moment même de sa naissance.

859. Effet des obligations. — L'obligation met le débiteur dans la nécessité juridique d'accomplir la prestation qu'il a promise, de faire ce qu'il a promis de faire, de *payer. Contractus sunt ab initio voluntatis, ex postfacto necessitatis.* La loi vient en aide au créancier, en lui prêtant au besoin le concours de la force publique, pour lui permettre d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation, lorsque le débiteur refuse de s'exécuter de bonne grâce. — Ainsi le créancier d'une somme d'argent pourra, après avoir obtenu un jugement contre son débiteur qui refuse de payer, ou même *recta via* s'il a un titre exécutoire, saisir les biens de son débiteur et les faire vendre pour se payer sur le prix. — S'agit-il de l'obligation de livrer une chose déterminée, telle maison par exemple, en exécution d'un contrat de vente? Si le débiteur (le

vendeur) refuse d'effectuer la livraison, le créancier (l'acheteur) pourra obtenir l'assistance de la force publique pour entrer en possession ; force doit rester au droit. — Enfin s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, à laquelle le débiteur contrevient en faisant ce dont il a promis de s'abstenir, le créancier pourra se faire autoriser à détruire, avec le concours de la force publique au besoin, ce qui a été fait en violation de son droit, par exemple à faire démolir les constructions que le débiteur avait promis de ne pas élever. — Dans un seul cas, le créancier ne pourra pas obtenir l'exécution *directe* de l'obligation qui a été contractée envers lui : c'est celui où cette exécution suppose nécessairement le fait personnel du débiteur, comme il arrivera si un artiste s'est engagé à peindre un tableau, à jouer sur un théâtre... Celui qui a contracté une semblable obligation peut seul l'exécuter, car son talent *personnel* a été pris en considération, et comment arriver à l'y forcer s'il s'y refuse ? Il y a là un obstacle matériel que le législateur ne peut pas vaincre, malgré sa puissance. Voilà, selon nous, tout ce que signifie le vieil adage *Nemo potest præcise cogi ad factum,* qui signale l'existence d'un obstacle *de fait,* plutôt que d'un obstacle *de droit,* à l'exécution de l'obligation. Si la puissance humaine pouvait forcer le débiteur à faire ce qu'il a promis de faire, la loi devrait permettre de l'y contraindre, fallût-il pour cela exercer des violences sur sa personne ; car il a enchaîné sa liberté en s'obligeant à faire ce qu'il a promis, et il n'est que juste de permettre au créancier d'obtenir ce qui lui est dû. N'accorderait-on pas le secours de la force publique à l'acheteur d'une maison, non seulement pour lui permettre d'en prendre possession, si le vendeur refuse de la livrer, mais aussi pour jeter le vendeur à la porte s'il s'obstine à ne pas vouloir sortir ? Refuserait-on ce même secours à l'acheteur d'un objet mobilier pour forcer le vendeur, qui le garde dans sa poche, à le délivrer ? Et cependant il faudra dans l'un et l'autre cas exercer une violence sur la personne du débiteur. Mais cette considération n'a pas dû arrêter le législateur, parce qu'à l'aide de cette violence on peut arriver directement au but proposé.

Nous approuvons donc une décision, que tous les auteurs critiquent et par laquelle le tribunal de la Seine a autorisé l'emploi de la force publique pour faire enlever un acteur qui persistait à jouer sur un théâtre, en violation de l'engagement formel qu'il avait pris de n'y pas paraître. Ici le concours de la force publique devait à notre avis être prêté au créancier, parce qu'il pouvait lui procurer l'exécution *directe* de l'obligation. Il n'en serait pas de même dans le cas d'une obligation de faire dont l'accomplissement suppose nécessairement le fait personnel du débiteur, par exemple si, comme nous le disions tout à l'heure, un acteur a promis de jouer sur un théâtre. Il n'y a pas de puissance humaine qui puisse alors l'obliger à faire ce qu'il a promis de faire. On ne peut pas songer à l'y contraindre directement par l'emploi de la force publique, parce que la nature des choses s'y oppose, et on ne peut pas davantage l'y contraindre indirectement en exerçant des violences sur sa

personne, par exemple en le contraignant par corps, parce que la loi n'autorise pas, et avec raison, l'emploi de ce moyen. Que reste-t-il donc alors ? uniquement la ressource d'une condamnation à des dommages et intérêts.

La théorie que nous venons d'exposer diffère notablement de celle admise par les auteurs, qui rattachent la règle établie par l'art. 1132 au principe de l'inviolabilité de la liberté individuelle. « L'homme, dit M. Laurent (t. 16, n. 198), est libre de ne » pas remplir ses engagements, sauf à supporter les conséquences de cette inexécu- » tion : on ne peut pas lui enlever cette liberté en employant la violence ». Nous répondons : Le débiteur en s'obligeant engage sa liberté, et ce n'est pas violer le principe de la liberté individuelle que de l'obliger, même par la violence, à faire ce qu'il a promis de faire. Il était libre de ne pas enchaîner sa liberté ; mais, une fois qu'il l'a enchaînée, il n'a pas le droit de rompre son lien. La loi ne s'arrête que devant une impossibilité *de fait*. La violence pourra donc être employée dans les cas, assez rares, il faut en convenir, où elle pourra procurer au créancier l'exécution directe de l'obligation.

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

860. « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux* » *qui les ont faites* », dit l'art. 1134 al. 1. En mettant les conventions sur la même ligne que les lois, ce texte rend la justice gardienne de l'observation des premières comme des secondes. Si donc quelque contestation amène les parties contractantes devant le juge, il devra assurer la stricte exécution de la convention ; c'est une loi privée dont il doit leur faire l'application, et qui l'enchaîne au même titre qu'une disposition législative.

Il ne faut pas cependant pousser trop loin l'assimilation entre la convention et la loi. Notamment la fausse interprétation d'une loi par le juge donne ouverture à cassation, tandis qu'il en est autrement de la fausse interprétation d'une convention, à moins cependant que cette fausse interprétation ne repose elle-même sur une fausse interprétation de la loi, comme il arriverait si le juge, en reconnaissant que les parties ont voulu faire une vente, faisait produire à leur convention les effets d'un louage.

861. L'art. 1134 ajoute dans son alinéa 2 : « *Elles* [les conventions] » *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les* » *causes que la loi autorise* ».

= *De leur consentement mutuel.* C'est le consentement qui forme le contrat; un consentement contraire doit donc pouvoir le dissoudre, conformément à cette règle de raison : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.*

Et toutefois la révocation, résultant du consentement en sens contraire manifesté par les parties contractantes (*distractus*) ne produit ses effets que dans l'avenir, non dans le passé; elle opère *ex nunc* et non *ex tunc*. Le passé n'appartient plus aux parties contractantes, et il n'est pas en leur pouvoir de supprimer ce qu'il contient; ce qui est fait est fait, *nemo potest condicere factum*. Les effets que le contrat

a produits dans le passé seront donc maintenus; leur anéantissement aurait pu d'ailleurs porter atteinte à des droits acquis à des tiers. Ainsi je vous vends ma maison moyennant un certain prix; cette convention vous rend immédiatement propriétaire (art. 1138); quelques mois après, nous convenons que la vente sera non avenue. Résultera-t-il de cette nouvelle convention que la vente sera considérée comme n'ayant jamais existé, que par suite vous serez censé n'avoir jamais été propriétaire de la maison et moi n'avoir jamais cessé de l'être? Non; notre nouvelle convention n'agira que dans l'avenir; elle aura seulement pour résultat de me *retransférer* la propriété que la vente vous avait transmise, de sorte qu'il y aura dans mon droit de propriété une solution de continuité, que notre volonté commune ne peut pas faire disparaître.

Il en résulte notamment cette conséquence que le fisc sera fondé à réclamer deux droits de mutation, tandis qu'aucun ne lui serait dû, si la vente était résolue dans le passé. Il s'ensuit également que la révocation ne pourra porter aucune atteinte aux droits acquis à des tiers sur la chose, du chef de l'acquéreur. Ainsi le vendeur, qui reprend l'immeuble vendu, devra respecter les baux consentis par l'acheteur, et aussi les droits réels, tels que servitudes, hypothèques, dont il l'aurait grevé ou qui se seraient établis sur lui de son chef, par exemple l'hypothèque légale de sa femme. Le tout sauf la question de transcription et d'inscription.

Il en est autrement de la *révocation* ou *résolution* (nous considérons ces deux mots comme synonymes), qui s'opère en vertu d'une condition résolutoire expresse (art. 1183) ou tacite (art. 1184) : elle agit dans le passé comme dans l'avenir; car la condition résolutoire accomplie « remet les choses au même état que si l'obligation » n'avait pas existé » (art. 1183). Les tiers pourront donc en subir les conséquences : ce dont ils n'ont pas le droit de se plaindre, parce qu'ils ont pu prévoir cette révocation, tandis qu'ils ne pouvaient pas prévoir celle résultant de la libre volonté des parties.

861 *bis.* La règle que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties contractantes, souffre deux exceptions :

1° Le mandat peut prendre fin par la seule volonté soit du mandant, soit du mandataire (art. 2003);

2° Le contrat de société, au moins quand il a été formé pour une durée illimitée, peut se dissoudre par la volonté d'un seul des associés (art. 1869). Comme le dit fort bien M. Laurent, la société « ne peut prospérer que par l'entente et par la concorde; forcer les associés à rester en communauté d'intérêts alors qu'ils ne s'entendent plus, ce serait aller contre le but même qu'ils ont eu en s'associant; la communauté forcée deviendrait une source de difficultés et de procès ».

D'un autre côté, il y a des conventions qui ne peuvent pas être révoquées par le consentement mutuel des parties : notamment les conventions matrimoniales, une fois que le mariage est célébré (art. 1395).

Les conventions peuvent aussi être révoquées *pour les causes que la loi autorise*. Ainsi la vente peut être révoquée (ou résolue) pour défaut de paiement du prix (art. 1654); la donation peut être révoquée pour cause d'inexécution des charges, d'ingratitude du donataire ou de survenance d'enfant au donateur (art. 953).

La révocation, qui se produit en vertu de la loi, a lieu, tantôt avec effet rétroactif, tantôt sans effet rétroactif. Ainsi, parmi les causes de révocation des donations, il y en a une qui opère sans effet rétroactif, c'est la révocation pour cause d'ingratitude; les deux autres au contraire opèrent rétroactivement.

862. L'art. 1134 contient un dernier alinéa, ainsi conçu : « *Elles* [les conventions] *doivent être exécutées de bonne foi* ». — DE BONNE FOI, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but qu'elles se sont proposé en contractant. Cass., 31 janvier 1887, Sir., 87. 1. 420.

En droit romain, il y avait des contrats qui donnaient lieu à des actions *stricti juris*, d'autres à des actions *bonæ fidei*. Dans l'action de *droit strict*, la formule ne laissait au juge aucune latitude : les principes austères du droit civil devaient seuls servir de base à sa décision, sans qu'il pût tenir compte d'aucune considération d'équité ou de bonne foi. La formule de l'action *bonæ fidei* permettait au juge de se mouvoir dans un cercle plus large; la bonne foi et l'équité y prenaient place à côté de l'*ipsum jus*, et permettaient de tempérer sa rigueur. Notre droit moderne ne connaît plus cette distinction ; tous les contrats doivent aujourd'hui être exécutés de bonne foi, dit l'art. 1134 *in fine*, et l'article suivant ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il ajoute :

« *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais* » *encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obli-* » *gation d'après sa nature* » (art. 1135). — *Ea quæ sunt moris et consuetudinis in contractibus tacite veniunt.*

Les usages qui peuvent servir à déterminer le sens d'une convention sont seulement les usages du lieu où la convention s'est formée, et non ceux d'une autre localité plus ou moins éloignée. Cass., 9 août 1887, Sir., 87. 1. 416.

SECTION II

DE L'OBLIGATION DE DONNER

863. Dans cette rubrique et dans les articles de la section, le législateur nous paraît avoir pris le mot *donner* dans son sens traditionnel : transférer la propriété, *dare*. L'obligation de donner est donc celle de transférer la propriété, ajoutons : ou un droit réel, tel qu'un droit d'usufruit ou de servitude.

L'obligation de *donner* résulte d'une convention de *donner*. Ainsi le vendeur est tenu de l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, par conséquent d'une obligation de *donner;* cette obligation dérive de la vente, qui est une convention de *donner*.

864. Aux termes de l'art. 1136 : « *L'obligation de donner emporte* » *celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine* » *de dommages et intérêts envers le créancier* ».

Ainsi donc l'obligation de donner en engendre elle-même deux autres : 1° l'obligation de *livrer* la chose au créancier, c'est-à-dire de la mettre en sa puissance et possession (art. 1604) ; 2° l'obligation de la conserver jusqu'à l'époque de la livraison. Nous parlerons d'abord

de cette dernière, comme le fait le code civil et comme l'exige l'ordre logique des idées.

§ I. *De l'obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison.*

865. L'obligation de *conserver* la chose, ou plutôt de *veiller à sa conservation,* suppose qu'il s'agit d'un corps certain. Elle ne saurait exister dans une obligation ayant pour objet une chose déterminée seulement quant à son espèce. Ainsi je vous ai vendu la pendule Louis XVI qui est sur la cheminée de mon cabinet de travail; je serai tenu de veiller à sa conservation jusqu'à l'époque fixée pour la livraison. Si au contraire je vous ai vendu vingt hectolitres de froment, sans préciser autrement, on comprend que je ne serai tenu d'aucune obligation de conserver; à quoi pourrait-elle s'appliquer, puisque la chose que je dois vous livrer en exécution de la convention n'est pas individuellement déterminée ?

L'obligation de conserver est une obligation de faire et de ne pas faire : de faire ce qui est nécessaire pour empêcher la chose de périr ou de se détériorer; de ne pas faire ce qui pourrait entraîner sa destruction ou sa détérioration. Comme toutes les obligations de ce genre, elle se résoudra en dommages et intérêts en cas d'inexécution (art. 1142), mais tout autant seulement que cette inexécution pourra être imputée à *faute* au débiteur (art. 1147 et 1148).

Naît alors la question de savoir de quelle *faute* le débiteur est responsable, quelle est l'étendue des soins qu'il doit apporter à la conservation de la chose, quelle est la mesure de sa responsabilité. C'est la célèbre théorie de la *prestation des fautes.* On a beaucoup écrit sur la matière, et elle n'en est pas devenue plus claire. Disons tout de suite qu'elle a bien moins d'importance dans le domaine de la pratique que dans celui de la théorie.

La raison en est simple : en supposant que le législateur établisse plusieurs catégories de fautes, suivant leur gravité, par exemple la faute grave, la faute légère et la faute très légère, et qu'il déclare que, dans telle situation déterminée, le débiteur répondra de la première faute, dans telle autre de la seconde..., il faudra toujours arriver à savoir *en fait* dans quelle catégorie rentre la faute dont le débiteur s'est rendu coupable. Le juge sera chargé bien évidemment de résoudre cette question; on ne voit pas d'autre balance possible que sa conscience. Mais il est clair qu'il y aura nécessairement de nombreuses variantes dans ses appréciations, suivant qu'il sera sévère ou indulgent. La même faute sera considérée comme grave par celui-ci, comme légère par celui-là; de sorte que le juge se trouvera par la force même des choses à peu près maître de la situation, et les dispositions impératives de la loi en cette matière n'auront le plus souvent en fait que la valeur d'un simple conseil.

On s'explique ainsi que notre législateur, qui composait une œuvre essentiellement pratique, ait réduit la théorie de la prestation des

fautes à des proportions fort exiguës. Elle est contenue dans l'art. 1137, ainsi conçu : « *L'obligation de veiller à la conservation de la* » *chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des* » *parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui* » *qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.* — » *Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains con-* » *trats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les* » *concernent* ».

Ainsi le débiteur, en tant qu'il est tenu de veiller à la conservation de la chose, objet de son obligation, est responsable de la faute que ne commettrait pas un *bon père de famille,* c'est-à-dire un propriétaire soigneux et diligent; il répond de la faute que les interprètes du droit romain appellent *culpa levis in abstracto.*

866. Pothier, et avec lui la plupart de nos anciens jurisconsultes, distinguaient trois degrés de fautes :

1° *La faute lourde, culpa lata.* Elle suppose chez celui qui la commet une négligence impardonnable, *crassa et supina negligentia,* ou une ineptie caractérisée, *non intelligere quod omnes homines intelligunt.* A raison de sa gravité, on l'assimilait au dol, *culpa dolo proxima;*

2° *La faute légère, culpa levis* ou *levior;* c'est celle que ne commet pas un bon administrateur, un bon père de famille, *diligens paterfamilias,* celle qui correspond à une diligence moyenne, « au soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires », dit Pothier;

3° *La faute très légère, culpa levissima,* celle que ne commet pas un administrateur d'une diligence exceptionnelle, *diligentissimus paterfamilias.*

Voici maintenant quelle était l'utilité pratique de cette distinction tripartite. Dans les contrats où l'intérêt seul du créancier était en jeu, comme le contrat de dépôt, qui se fait pour l'avantage exclusif du déposant, le débiteur ne répondait que de sa faute lourde, *culpa lata.* Il répondait au contraire de sa faute très légère, *culpa levissima,* dans les contrats qui intervenaient en vue de son intérêt exclusif, comme le contrat de prêt à usage, qui a lieu pour le seul avantage de l'emprunteur. Enfin, dans les contrats intéressés de part et d'autre, comme la vente, le louage, le débiteur répondait de sa faute légère, *culpa levis.* Pothier annonce toutefois que ces règles souffraient beaucoup d'exceptions.

* Nos anciens jurisconsultes ont imaginé, sans s'en douter, la théorie des trois degrés de faute; car elle n'existait pas, paraît-il, dans les textes du droit romain où ils ont cru la découvrir. D'après la plupart des romanistes modernes, le droit romain ne reconnaissait que deux degrés de faute : la faute lourde, *culpa lata,* et la faute légère, désignée indifféremment dans les textes par les expressions *culpa levis, culpa levior* et *culpa levissima.* Seulement il y avait, suivant les cas, deux manières de supputer la faute légère : *in concreto,* lorsqu'on tenait compte pour l'apprécier du caractère et des habitudes de celui qui l'avait commise; *in abstracto,* lorsqu'on en faisait *abstraction,* lorsqu'on pesait la faute en recherchant ce que son auteur aurait dû être, plutôt que ce qu'il était en réalité. En un mot, la *culpa levis in concreto* était celle que le débiteur n'aurait pas commise dans la gestion de ses propres intérêts; la *culpa levis in abstracto,* celle que n'aurait pas commise un bon père de famille.

Il suffit de lire l'art. 1137 al. 1, pour voir qu'il supprime l'ancienne distinction

des trois degrés de faute et les applications qu'on en avait faites. « L'obligation de » veiller à la conservation de la chose, *soit que la convention n'ait pour objet » que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune,* » soumet celui qui en est chargé à y apporter *tous les soins d'un bon père de » famille* ».

Le débiteur répond donc en principe, ainsi que nous l'avons déjà dit, de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, de la *culpa levis in abstracto.*

867. Telle est la règle. La loi l'a formulée dans des termes absolus; elle peut donc être invoquée, le cas échéant, par le débiteur aussi bien que contre lui, c'est-à-dire que, si le débiteur apporte à la gestion de ses propres affaires une diligence exceptionnelle, on ne pourra pas exiger de lui cette diligence relativement à la conservation de la chose qu'il s'est obligé à donner et par suite à livrer. Il ne doit que la diligence d'un bon père de famille.

Mais la partie finale de l'art. 1137 nous annonce que la règle reçoit quelques tempéraments *relativement à certains contrats.* Quels sont ces contrats? On cite :

1° *Le dépôt.* Aux termes de l'art. 1927 : « Le dépositaire doit appor- » ter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte » dans la garde des choses qui lui appartiennent ». Le dépositaire peut donc être tenu d'une diligence moindre que celle qu'exige en règle générale l'art. 1137. Le déposant n'a aucune réclamation à élever contre lui, du moment qu'il n'a pas apporté moins de diligence à la conservation de la chose déposée qu'à celle des choses qui lui appartiennent, alors même qu'il aurait commis quelque faute que n'aurait pas commise un bon père de famille; s'il est négligent pour ses propres affaires, il a le droit de l'être dans la même mesure pour la chose déposée. En le décidant ainsi, la loi ne fait qu'interpréter la volonté probable des parties contractantes. C'est le déposant qui a pris l'initiative du dépôt; en l'acceptant, le dépositaire n'a pas eu d'autre but que de lui rendre service, car le dépôt est gratuit. Dans ces conditions, le déposant peut-il raisonnablement demander au dépositaire plus de soin pour la conservation de la chose déposée que pour celle des autres choses qui lui appartiennent et au milieu desquelles il l'a sans doute placée?

Et toutefois, les circonstances particulières dans lesquelles le dépôt a été fait peuvent venir aggraver un peu la responsabilité du dépositaire. L'art. 1928 les indique dans les termes suivants : « La disposition de l'article précédent doit être » appliquée avec plus de rigueur, 1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour » recevoir le dépôt; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° si le dépôt » a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4° s'il a été convenu expressé- » ment que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute ». On le voit, c'est toujours la volonté des parties qui sert de régulateur à la responsabilité du dépositaire : elle est exprimée dans le dernier cas prévu par l'article, sous-entendue dans les autres.

2° *Le prêt à usage* ou *commodat.* L'art. 1880 commence par dire que « L'emprunteur est tenu de veiller *en bon père de famille* à la garde et » à la conservation de la chose prêtée ». C'est la responsabilité du droit commun. Mais voilà que l'art. 1882 vient l'aggraver dans un cas particulier : « Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur » aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant » conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de » la perte de l'autre ». La chose prêtée est de moindre valeur qu'une autre chose appartenant à l'emprunteur; ne pouvant sauver que l'une des deux, il sauve la plus précieuse, c'est-à-dire la sienne. Il a fait ce qu'aurait fait un bon père de famille, et cependant la loi le déclare responsable; il devra la valeur de la chose empruntée. On exige donc de lui, dans ce cas particulier, une diligence plus grande que celle d'un bon père de famille (art. 1137) : ce qu'explique la nature particulière du contrat, qui, intervenant dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur, permet d'exiger de lui une diligence exceptionnelle pour la conservation de la chose.

* Peut-être faut-il voir une exception du même genre dans l'art. 1992, ainsi conçu : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il » commet dans sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appli- » quée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit » un salaire ». On peut interpréter la deuxième partie de ce texte, en ce sens que le mandataire, dont le mandat est gratuit, ne serait tenu que de la *culpa levis in concreto.*

868. Les explications, dans lesquelles nous venons d'entrer au sujet de l'art. 1137, se résument à des idées fort simples. A cette question : de quelle diligence est tenu le débiteur chargé de veiller à la conservation de la chose, jusqu'à l'époque fixée pour la livraison ? la loi répond : de la diligence qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses affaires. Le débiteur répondra donc de la faute que ne commettrait pas ce bon père de famille, de la *culpa levis in abstracto,* si on veut adopter l'ancienne terminologie. Voilà la règle; elle ne paraît pas contestable. On ne peut guère contester non plus que l'alinéa 2 de l'art. 1137 annonce l'intention du législateur d'établir plus tard certaines limitations à cette règle : nous les avons indiquées. Mais il y a beaucoup de divergences dans la doctrine, et aussi croyons-nous une certaine confusion, sur le point de savoir quelle est la nature de ces limitations et quelle est l'étendue de l'atteinte qu'elles portent à la règle. Toutefois, le désaccord nous paraît être dans les mots beaucoup plus que dans les idées. Qu'on dise comme celui-ci que le débiteur est responsable en principe de la *culpa levis in abstracto,* mais que dans certaines circonstances exceptionnelles le législateur lui inflige, tantôt une responsabilité plus grande, c'est-à-dire celle de la *culpa levissima* (art. 1882), tantôt une responsabilité moindre, c'est-à-dire celle de la *culpa levis in concreto* (art. 1927); ou bien que, proscrivant ces anciennes dénominations, on dise comme celui-là que le débiteur est toujours tenu de la diligence d'un bon père de famille, mais que le juge est autorisé, dans certains cas exceptionnels prévus par la loi, à se faire une idée plus ou moins sévère de cette diligence, à prendre pour type un propriétaire un peu plus ou un peu moins diligent, nous avouons que cela nous paraît à peu près équivalent. Ce que nous voyons toujours, c'est ceci : l'art. 1137, voulant déterminer la diligence dont le débiteur est tenu en tant qu'il est chargé de

veiller à la conservation de la chose, commence par établir un niveau moyen qui constitue la règle; puis il ajoute, annonçant l'exception, que, dans certains cas qui seront expliqués plus loin, le juge devra, tantôt s'élever un peu au-dessus de ce niveau, tantôt descendre un peu au-dessous. Telle est l'idée; les formules par lesquelles on l'exprime n'ont pour nous qu'une importance secondaire.

869. L'art. 1137 est relatif à la faute *contractuelle,* c'est-à-dire à celle qui consiste à ne pas exécuter ou à mal exécuter une obligation résultant d'un contrat. Peu importe d'ailleurs que ce soit l'obligation de conserver la chose due jusqu'à l'époque de la livraison, comme le suppose l'art. 1137, ou toute autre obligation de faire, car il n'y a pas de motif pour distinguer.

A la faute *contractuelle* on oppose la faute dite *aquilienne.* Les commentateurs désignent sous ce nom la faute donnant lieu à la responsabilité édictée par les art. 1382 et suivants, qui constituent notre loi *Aquilia.* On sait que la loi *Aquilia* était relative au *damnum injuria datum.* La faute la plus légère suffisait pour faire encourir la responsabilité édictée par cette loi. *In lege Aquilia levissima culpa venit,* disent les textes. L'art. 1383 formule la même pensée : « Chacun est responsable du » dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence » ou par son imprudence ». Il s'agit du dommage causé par un délit ou par un quasi-délit. La faute la plus légère, une négligence ou une simple imprudence de la part de celui qui a causé ce préjudice, suffira pour qu'il en soit responsable. La loi se montre donc ici, et avec raison, plus sévère qu'en matière de contrats : dans un cas l'auteur du préjudice répond de sa *culpa levis in abstracto,* dans l'autre il répond même de la *culpa levissima.* Il faut bien se garder de confondre ces deux cas de responsabilité, comme l'ont fait plusieurs auteurs.

Ainsi la loi réglemente par des dispositions distinctes la faute *contractuelle,* relative aux obligations résultant d'un contrat (art. 1137), et la faute *aquilienne* (art. 1383), relative aux obligations résultant d'un délit ou d'un quasi-délit.

Mais il y a aussi les obligations résultant des *quasi-contrats* et de la *loi;* de quelle faute le débiteur répondra-t-il dans ces obligations? Lui appliquera-t-on les dispositions relatives à la faute contractuelle ou celles relatives à la faute aquilienne? Répondons sans hésiter : les dispositions relatives à la faute contractuelle. On peut les considérer comme constituant le droit commun en matière de faute. Deux textes confirment d'ailleurs cette solution : l'un pour les obligations résultant des quasi-contrats, l'autre pour les obligations résultant de la loi.

Pour les obligations résultant des quasi-contrats, c'est l'art. 1374, relatif à la gestion d'affaires, qui dispose : « Il [le gérant] est tenu d'apporter à la gestion de » l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. — Néanmoins les circonstances » qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les » dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ». On ne voit aucun motif pour ne pas généraliser cette disposition et l'étendre à tous les autres quasi-contrats. Notons cependant une exception en ce qui concerne l'héritier bénéficiaire, si l'on admet que son obligation résulte d'un quasi-contrat. Aux termes de l'art. 804 : « Il n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé ». C'est le seul texte où le législateur parle de la faute *grave.* Cpr. *supra* n. 206.

Pour les obligations résultant de la loi, nous avons l'art. 450, qui dispose que le tuteur « administrera... *en bon père de famille* » : c'est la même formule que celle de l'art. 1137, donc la même pensée; par conséquent il faut appliquer au tuteur les principes de la faute contractuelle. Et, comme on ne verrait aucun motif pour que la même règle ne fût pas applicable à tous ceux qui sont tenus d'une obligation légale, il faut généraliser le principe de l'art. 450, comme nous avons généralisé celui

de l'art. 1374, et l'appliquer au père administrateur légal des biens de ses enfants, au mari administrateur des biens de sa femme, etc.

§ II. *De l'obligation de livrer la chose.*

870. L'accomplissement de cette obligation constitue ce que l'on appelle la *délivrance* ou *tradition*. Je vous ai vendu ma montre moyennant un certain prix ; cette convention m'oblige à vous la livrer. Je remplirai cette obligation en transportant la chose en votre puissance et possession, par exemple en vous mettant la montre dans la main ; il y aura alors délivrance ou tradition (art 1604).

N° 1. Du transport de la propriété.

I. *Entre les parties contractantes.*

871. La délivrance ou tradition est-elle nécessaire pour opérer le transport de la propriété qu'on s'est obligé à transférer ? Elle l'était en droit romain. TRADITIONIBUS *et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur,* dit la loi 20. C. *De pactis,* II, 3, que nous avons déjà plusieurs fois citée. Ce principe fut admis dans notre ancien droit. Le législateur de 1804 l'a abandonné avec raison. Pourquoi donc exiger le fait tout *matériel* de la tradition pour opérer la translation de la propriété, qui est un *droit,* une chose *immatérielle* par conséquent? Rationnellement le seul consentement des parties doit suffire à produire ce résultat. C'est ce que décide, en termes assez peu satisfaisants d'ailleurs, l'art. 1138, ainsi conçu : « *L'obligation de livrer la* » *chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.* — » *Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès* » *l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point* » *été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ;* » *auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ».

C'est une innovation considérable, et dont Mourlon fait très bien ressortir l'importance en termes saisissants. « En droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, la convention de donner est simplement productive d'*obligations :* elle crée des droits personnels, des *créances;* mais elle ne déplace point la propriété, qui n'est transférée que par un fait nouveau et postérieur au contrat. Celui qui a promis de transférer la propriété de la chose devient donc *débiteur* avant d'être *aliénateur;* il n'a pas encore aliéné, mais il est *obligé d'aliéner :* il aliène en exécutant son obligation, c'est-à-dire en livrant la chose due. Celui auquel cette promesse a été faite devient *créancier* avant d'être *acquéreur;* il n'est pas encore propriétaire, mais il a le droit d'exiger qu'on lui transfère la propriété promise : c'est le paiement de sa créance, c'est-à-dire la tradition de la chose due, qui le rend propriétaire. Il

n'en est plus de même aujourd'hui. La mutation de propriété est un effet de la convention aussi immédiat, aussi direct, que la création des obligations; celui qui a valablement promis la propriété de sa chose devient *aliénateur* en même temps que *débiteur;* celui auquel elle a été promise devient *acquéreur* en même temps que *créancier.* Le débiteur devra sans doute livrer la chose promise; mais cette tradition n'a d'autre objet que de fournir à l'acquéreur le moyen de se servir de la chose dont la propriété lui a été transférée par l'effet du contrat, de l'employer à l'usage auquel il la destine, d'en disposer ». L'estimable auteur va peut-être toutefois un peu trop loin quand il nous présente la translation de la propriété comme un effet *immédiat* de la convention de donner. V. *supra* n. 858.

872. Sur l'existence du nouveau principe, que le seul consentement suffit, au moins entre les parties, pour opérer le transport de la propriété, il n'existe aucun doute. Et cependant ce principe est si bien dissimulé dans l'art. 1138 que la science des interprètes a dû faire de prodigieux efforts pour l'y découvrir. On dirait que le législateur s'est étudié à l'envelopper d'une obscurité proportionnée à son importance, comme on cache d'autant mieux un trésor qu'il est plus précieux. Parmi les diverses explications qui ont été proposées pour mettre les termes de l'art. 1138 d'accord avec la pensée que le législateur a voulu exprimer, voici celle qui nous paraît le plus plausible :

Notre ancien droit, nous l'avons dit, avait admis le principe romain, que la tradition est nécessaire pour opérer le transport de la propriété; mais on y considérait une simple tradition *de droit* comme suffisante pour produire ce résultat. La tradition *de droit,* qu'on appelait aussi tradition *feinte,* résultait d'une clause particulière du contrat, appelée clause de *dessaisine-saisine* ou de *vest et dévest;* elle était ordinairement ainsi conçue (c'est l'aliénateur que l'on met en scène) : « s'en est *dessaisi* et *dévestu* et en a *saisi* et *vestu* ledit.... ». En vertu de cette simple déclaration, l'acquéreur était considéré comme ayant reçu une tradition intellectuelle suffisante pour lui transférer la propriété. Il paraît que la clause de *dessaisine-saisine* était devenue de style dans les actes constatant les conventions de transférer la propriété, de sorte que le principe romain, qui exige la tradition pour le transport de la propriété, n'avait plus qu'une existence nominale : dans la réalité des faits, c'était le consentement des parties qui opérait ce transport, indépendamment de la tradition. De là à sous-entendre la clause de *dessaisine-saisine* dans tous les contrats ayant pour but de transférer la propriété, il n'y avait qu'un pas, et l'art. 1138 l'a fait, ainsi qu'on va le voir.

La loi dit d'abord : « L'obligation de livrer la chose est *parfaite* par le seul con-» sentement des parties contractantes ». —*Parfaite:* entendez *consommée, accomplie,* en droit tout au moins, et sauf à être exécutée plus tard en fait par la tradition réelle. En un mot, la loi, interprétant la volonté des parties, suppose que l'aliénateur a effectué au profit de l'acquéreur une tradition *de droit,* équivalente au point de vue du transport de la propriété à une tradition réelle.

L'article ajoute : « *Elle* rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques » *dès l'instant où elle a dû être livrée* ». — *Elle :* l'obligation de livrer, réputée exécutée comme nous venons de le dire, ou, si l'on veut, la tradition de droit, en vertu de laquelle l'obligation de livrer est réputée accomplie. — *Dès l'instant où elle a dû être livrée.* Au premier abord, ces mots paraissent signifier que, si un terme a été

fixé pour la délivrance, l'acquéreur ne deviendra propriétaire qu'à l'échéance de ce terme, puisque c'est seulement à cette époque que la chose devra être livrée. Mais cette proposition se trouverait en opposition avec le principe formulé par l'art. 1185, duquel il résulte que le terme n'affecte pas l'*existence* même du droit, mais seulement son *exécution*. D'un autre côté, si c'était là l'idée qu'a voulu exprimer la loi, on ne s'expliquerait guère l'emploi des mots » *dès l'instant* où elle a dû être livrée », qui semblent indiquer une anticipation sur l'époque où devrait s'effectuer normalement le transport de la propriété. Aussi doit-on considérer que la loi fait ici allusion à la tradition *de droit,* et non à la tradition de fait : *dès l'instant où elle a dû être livrée,* c'est-à-dire *dès l'instant où a dû se faire la tradition de droit,* ou autrement dit *dès l'instant même du contrat.* On peut dire encore que ces mots signifient : *dès l'instant où la tradition a été due,* c'est-à-dire toujours du jour de la convention.

Que telle ait été la pensée des rédacteurs du code civil, ce n'est guère douteux. Voici ce que dit l'un d'eux, Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs du titre *Des obligations :* « C'est le consentement qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose; il n'est donc pas besoin de tradition *réelle* pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire ». A son tour, Portalis dit, dans l'exposé des motifs du titre *De la vente :* « Il s'opère par le contrat une sorte de *tradition civile,* qui consomme le transport des droits et nous donne action pour forcer la tradition réelle ». Enfin n'avons-nous pas trouvé un langage tout à fait analogue dans l'art. 938 ? « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des » parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, *sans* » *qu'il soit besoin d'autre tradition* ». Nous avons déjà dit que ces derniers mots signifient : sans qu'il soit besoin d'autre tradition *que celle qui résulte du consentement des parties.*

On voit combien est laborieuse la série de déductions, à l'aide desquelles le législateur arrive à formuler le nouveau principe. Marcadé les analyse très bien dans les termes suivants, sous l'art. 1138, V : « 1° La convention de donner, d'abord, crée l'obligation ; 2° cette obligation (de donner) emporte avec elle celle de livrer, de faire la tradition ; 3° c'est l'accomplissement de cette obligation, en d'autres termes c'est la tradition qui transfèrera la propriété ; 4° mais cette tradition n'a pas besoin d'être réelle, car le consentement contient lui-même et de plein droit une tradition fictive produisant le même effet; 5° c'est cette tradition fictive qui opère la translation du droit réel... ». Tandis qu'il était si simple de dire : « Le seul consentement des parties, indépendamment de toute tradition, suffit pour transférer la propriété ».

II. *De la translation de la propriété à l'égard des tiers.*
A. *Droit actuel.*

873. L'art. 1138 ne tranche la question de translation de la propriété qu'entre les parties contractantes : il détermine comment l'acquéreur devient propriétaire dans ses rapports avec l'aliénateur. Nous avons à rechercher maintenant comment il le devient à l'égard des *tiers,* c'est-à-dire des autres ayant cause à titre particulier de l'aliénateur. Ainsi j'achète un bien ; le seul effet du consentement suffit pour m'en rendre propriétaire à l'égard de mon vendeur ; suffit-il aussi pour m'en rendre propriétaire à l'égard des *tiers,* par exemple à l'égard de celui auquel l'aliénateur aurait vendu le même bien ou de celui au profit duquel il

l'aurait hypothéqué ou grevé d'une servitude ? En cas de conflit entre moi et ces divers ayant cause, qui devra être préféré, qui sacrifié ? Pour résoudre cette importante question, il faut distinguer s'il s'agit d'immeubles, d'objets mobiliers corporels ou de créances.

1. *Immeubles.*

874. Nous avons vu plus haut (n. 479) que l'acquéreur *à titre gratuit* d'un immeuble n'en devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription de son titre. La logique semblait exiger qu'on fît l'application du même principe à l'acquéreur à titre onéreux; ses inspirations ne furent pas écoutées. Le législateur de 1804 décida que l'acquéreur à titre onéreux d'un immeuble en deviendrait propriétaire à l'égard des tiers, comme à l'égard de l'aliénateur, par le seul effet du consentement : nous le démontrerons plus loin. Ainsi, dans le système admis par le code civil, l'aliénation *à titre gratuit* d'un immeuble ne devient efficace à l'égard des tiers que par la transcription (art. 939 et s., 1069 et s.), tandis que l'aliénation *à titre onéreux* le devient indépendamment de cette formalité. La loi du 23 mars 1855 a fait cesser cette anomalie, en soumettant à la transcription les aliénations à titre onéreux d'immeubles. On sait que cette formalité a été introduite dans un but de publicité (*supra* n. 480). Les registres sur lesquels la transcription doit être effectuée étant publics, la loi suppose que les tiers intéressés les consulteront, et elle ne permet de leur opposer que les aliénations dont l'existence leur est révélée par la transcription.

Nous reproduisons ici les art. 1, 2 et 3 de la loi précitée.

Art. 1. *Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens : 1° Tout acte entre-vifs, translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque; — 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ; — 3° Tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée; — 4° Tout jugement d'adjudication, autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant.*

Art. 2. *Sont également transcrits : — 1° Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation; — 2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits; — 3° Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale ; — 4° Les baux d'une durée de plus de dix-huit années; — 5° Tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus.*

Art. 3. *Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant*

aux lois. — Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans.

Ainsi désormais les aliénations à titre onéreux d'immeubles, de même que les aliénations à titre gratuit, ne deviennent efficaces à l'égard des tiers que par la transcription. Voici une des plus grosses conséquences de ce principe : entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, qui tiennent leur droit du même aliénateur, on préfère celui qui le premier a fait transcrire son titre, fût-il postérieur en date. C'est donc l'ordre des transcriptions qui détermine la préférence entre les divers acquéreurs, et non celui des aliénations comme sous la législation antérieure à 1855. Si aucun des acquéreurs n'a transcrit, la préférence appartient au plus ancien. L'acquéreur d'un immeuble a donc intérêt à faire transcrire immédiatement son titre, afin de le rendre opposable aux tiers; autrement il serait exposé à se voir préférer un autre acquéreur plus diligent, dont le titre est peut-être postérieur en date, et il courrait bien d'autres dangers encore. En tout cas, la prudence commande à l'acquéreur d'un immeuble de ne pas payer son prix avant d'avoir transcrit son titre et vérifié s'il n'existe pas une transcription antérieure à la sienne.

Mais l'aliénation à titre onéreux d'un immeuble est opposable indépendamment de la transcription :

1° A tous ceux qui ne tiennent pas leurs droits de l'aliénateur, par exemple au *prædo,* c'est-à-dire à celui qui s'est emparé de l'immeuble sans titre ou à celui qui en a fait l'acquisition *a non domino,* fût-il de bonne foi;

2° A l'aliénateur. En effet, la loi du 23 mars 1855 ne concerne que la translation de la propriété à l'égard *des tiers,* elle laisse subsister intacts les principes du code civil relativement à la translation de la propriété *inter partes.* Après comme avant la nouvelle loi, la propriété des immeubles continue d'être transférée entre les parties par le seul effet du consentement.

Ce point a été contesté à tort. En effet l'art. 3 de la loi de 1855 dit : « Jusqu'à la » transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles » précédents ne peuvent être opposés aux *tiers* qui ont des droits sur l'immeuble » et qui les ont conservés en se conformant aux lois »; or les parties ne sont pas des tiers. D'ailleurs la transcription est une mesure de publicité, et rationnellement l'omission de cette formalité ne peut être invoquée que par ceux qu'elle a pour but d'éclairer; l'aliénateur n'est certainement pas de ce nombre.

Si l'acquéreur devient propriétaire indépendamment de la transcription à l'égard de l'aliénateur, il le devient par cela-même à l'égard de ses ayant cause *universels,* tels que ses héritiers et même ses créanciers chirographaires : ils ne pourront donc pas opposer à l'acquéreur le défaut de transcription.

Notons que les dispositions testamentaires ne sont pas assujetties à la formalité de la transcription. La loi n'y soumet que « les actes *entre-vifs*... ».

Nous avons déjà dit que la loi nouvelle laisse subsister intactes les dispositions du code civil relatives à la transcription des donations et à la transcription des substitutions (*supra* n. 479).

2. *Objets mobiliers corporels.*

875. On ne pouvait songer à soumettre les aliénations de meubles corporels à la transcription. Cette formalité n'a de raison d'être qu'autant qu'elle peut produire une publicité sérieuse et efficace; or, appliquée aux aliénations de meubles, elle n'aurait nullement atteint ce but, soit parce que l'infinie variété des objets mobiliers n'aurait pas permis aux tiers qui auraient eu connaissance de la transcription de savoir d'une manière précise à quel objet s'applique l'aliénation qu'elle relate, soit parce que, les meubles n'ayant pas d'assiette fixe, il eût été impossible de déterminer, comme on l'a fait pour les immeubles, un lieu immuable, où la transcription devrait être effectuée et où les tiers devraient prendre leurs renseignements. La transcription écartée, on ne voit pas quelle mesure de publicité on aurait pu lui substituer. D'ailleurs l'intérêt du commerce exige la libre et rapide circulation des meubles, et on l'aurait entravée en soumettant leur aliénation à une formalité quelconque en vue d'en assurer la publicité. Ces motifs justifient surabondamment la règle, que l'aliénation des objets mobiliers corporels devient efficace *erga omnes,* par conséquent à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les parties, par le seul effet de la convention. Ainsi je vends aujourd'hui ma montre à Paul; demain je vends la même montre à Pierre; elle est encore en ma possession. Lequel des deux acquéreurs aura le droit d'en exiger la livraison? Le premier en date, Paul; il a acquis en effet un droit de propriété opposable à tous, même à Pierre, qui est un tiers par rapport à lui.

Supposons que j'aie livré la montre à Pierre, deuxième acquéreur; Paul pourra-t-il la revendiquer contre lui? Il semblerait bien que oui, d'après notre principe; mais il reçoit ici une limitation importante par suite de l'application de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279). Cette formule, un peu cabalistique peut-être, signifie, comme on le verra plus tard, que la revendication d'un meuble corporel n'est pas admise contre celui qui le possède de bonne foi. Si donc, dans l'espèce proposée, Pierre est de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignorait lors de son entrée en possession la vente consentie antérieurement au profit de Paul, la revendication ne sera pas admise contre lui.

Ainsi, entre deux acquéreurs successifs du même objet mobilier

corporel, on préfère celui dont le titre est antérieur en date ; toutefois celui dont le titre est postérieur l'emporte, s'il a été le premier mis en possession réelle et qu'il fût de bonne foi lors de son entrée en possession. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 1141, ainsi conçu : « *Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes* » *successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été* » *mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore* » *que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession* » *soit de bonne foi* ».

*= *En possession* RÉELLE. Le bénéfice de notre disposition ne pourrait donc pas être invoqué par celui des deux acquéreurs qui aurait obtenu la délivrance et qui ne serait pas encore entré en possession *réelle :* ce qui arriverait par exemple si la délivrance qu'il a obtenue résultait d'un *ordre de livraison* non encore exécuté.

= *Pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.* Il faut et il suffit que la bonne foi de l'acquéreur ait existé *lors de son entrée en possession.* Il importerait peu qu'il devînt de mauvaise foi plus tard par la découverte d'une aliénation antérieure à la sienne. En effet sa prise de possession accompagnée de sa bonne foi l'a rendu propriétaire, et, pour qu'il pût cesser de l'être par suite de la perte de sa bonne foi, il faudrait une disposition législative qui n'existe pas.

En résumé, l'acquéreur d'un objet mobilier corporel en devient propriétaire *erga omnes* par le seul effet du consentement, mais sauf l'application de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre.* Il pourra donc revendiquer contre tous ceux qui ne peuvent pas invoquer cette maxime, c'est-à-dire : 1° contre un acquéreur de mauvaise foi ; 2° contre tout possesseur, même de bonne foi, si la chose est sortie des mains de l'aliénateur par perte ou par vol. Voyez art. 2279 et 2280.

L'interprétation, que nous venons de donner de l'art. 1141, est conforme aux explications qui ont été fournies par l'orateur du gouvernement, Bigot-Préameneu, et par le rapporteur du tribunat, Favard. Il y a une autre interprétation qui doit être rejetée. L'art. 1141 signifierait, suivant quelques auteurs, que l'acquéreur d'un objet mobilier corporel en devient propriétaire par le seul effet du consentement dans ses rapports avec l'aliénateur, mais seulement par la *tradition* dans ses rapports avec les tiers. La tradition jouerait donc ici un rôle analogue à celui de la transcription. — Mais, s'il en était ainsi, on ne s'expliquerait pas la condition de la *bonne foi,* prescrite par l'art. 1141 : quel motif y avait-il en effet de l'exiger pour la tradition, quand on ne l'exigeait pas pour la transcription ? On se l'explique fort bien au contraire, si l'on rattache, comme nous l'avons fait avec la majorité des auteurs, l'art. 1141 à l'art. 2279.

3. *Créances.*

876. Aux termes de l'art. 1690 : « *Le cessionnaire* [*d'une créance*] *n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. — Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique* ».

Il résulte notamment de ce texte qu'entre deux acquéreurs successifs de la même créance, on préfère celui qui le premier a signifié le transport (la cession) au débiteur cédé, ou qui le premier a obtenu l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique. Nous renvoyons les développements au siège de la matière.

B. *Coup d'œil rétrospectif sur la question.*

877. Nous venons d'exposer les règles qui régissent le transport de la propriété à l'égard des tiers dans notre droit actuel. La question présentant un immense intérêt, il n'est pas inutile de retracer ses diverses vicissitudes. Nous allons rechercher successivement comment elle avait été résolue : 1° en droit romain; 2° dans notre ancien droit français; 3° dans notre droit intermédiaire; 4° par le code civil.

878. I. Droit romain. — Le simple consentement des parties ne suffisait pas, nous le savons, pour opérer la translation de la propriété. L'acquéreur ne devenait propriétaire soit à l'égard de l'aliénateur, soit à l'égard des tiers, que par la tradition; jusque-là il n'avait qu'un *jus ad rem,* non un *jus in re.*

De là résultaient entre autres deux conséquences :

1° Jusqu'à la tradition, les créanciers de l'aliénateur pouvaient saisir le bien aliéné pour obtenir leur paiement;

2° Entre deux acquéreurs successifs du même bien, on préférait celui qui le premier avait obtenu la tradition, son titre fût-il postérieur en date.

879. II. Ancien droit français. — Les principes du droit romain sur cette matière furent suivis dans notre ancienne jurisprudence, non seulement en pays de droit écrit, mais dans la plupart des pays de coutume. Nous savons toutefois qu'ils furent profondément modifiés, pour ne pas dire réduits à une existence purement nominale, par l'introduction de la clause de *dessaisine-saisine,* qui opérait une tradition fictive équivalente à la tradition réelle et entraînait par conséquent le transport de la propriété tant à l'égard des tiers qu'entre les parties.

880. III. Droit intermédiaire. — Une loi célèbre entre toutes dans les annales du régime hypothécaire, la loi du 11 brumaire de l'an VII, vint introduire en cette matière une innovation fort importante. Cette innovation toutefois ne concerne que les aliénations d'immeubles. Entre l'aliénateur et l'acquéreur, la translation de la propriété demeure régie par les anciens principes : elle peut donc, comme par le passé, s'opérer par le seul effet de la clause de *dessaisine-saisine.* Mais, pour devenir propriétaire à l'égard des tiers, l'acquéreur doit remplir une formalité nouvelle, la *transcription,* au moins quand l'aliénation a pour objet un immeuble *susceptible d'hypothèque.* On lit en effet dans l'art. 26 de ladite loi : « Les actes translatifs » de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les » registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement » duquel les biens sont situés. — *Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers,* » *qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux disposi-* » *tions de la présente* ».

De là il résultait notamment qu'entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, on préférait celui qui le premier avait fait transcrire son titre; la préférence était donnée, non pas à celui des acquéreurs dont le titre était le plus ancien, mais bien à celui qui le premier avait rempli la formalité de la transcription; c'était donc la date des transcriptions, et non celle des titres, qui réglait la préférence entre les divers acquéreurs.

Remarquons que les mots : « biens et droits *susceptibles d'hypothèques* » de l'art. 26 précité excluent tous les meubles, et certains immeubles tels que les servitudes. Pour tous les biens non susceptibles d'hypothèques, le droit antérieur est maintenu.

881. IV. Code civil. — Tel était l'état de la question, lorsque le code civil fut élaboré : la clause de dessaisine-saisine, qui était, paraît-il, devenue de style dans les actes constatant une mutation de propriété, avait réduit à une existence presque nominale le principe, que la tradition est nécessaire pour opérer le transport de la

propriété. Dans la réalité des choses, c'était donc le seul consentement des parties qui transférait la propriété, et il la transférait *même à l'égard des tiers,* sauf cependant l'exception relative aux immeubles susceptibles d'hypothèques, dont l'acquéreur ne devenait propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription.

D'après l'art. 38 du projet de la loi qui plus tard est devenue le titre *Des obligations* du code civil, le simple consentement des parties (au moins dans les aliénations à titre onéreux) suffisait pour rendre l'acquéreur propriétaire, même à l'égard des tiers; le principe de la transcription, introduit par la loi de brumaire et déjà consacré par le législateur au titre *Des donations* (art. 939 et s.), se trouvait ainsi abandonné pour les aliénations à titre onéreux. Violemment attaquée par quelques-uns, énergiquement soutenue par d'autres, cette disposition donna lieu à un débat fort animé, dans lequel il fut impossible à nos législateurs de parvenir à s'entendre. Il en sortit l'art. 1140, qui ajourne la question au lieu de la résoudre : « *Les effets de* » *l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre* de la Vente *et* » *au titre* des Privilèges et Hypothèques ».

La question reparut au titre *De la vente.* Nouveau débat et même impossibilité de conclure. On en trouve la preuve, si l'on veut lire entre les lignes, dans l'art. 1583, qui était destiné à résoudre notre question, mais qui, pour l'éluder, en résout une autre déjà résolue par l'art. 1138, celle de la translation de la propriété entre les parties.

On arriva enfin au titre *Des privilèges et hypothèques.* Le moment était venu de s'expliquer, car on ne devait plus en trouver l'occasion dans les autres titres du code civil qui restaient à voter. Un article du projet, l'art. 91, reproduisait à peu de chose près l'art. 26 de la loi de brumaire, cité plus haut : il maintenait par conséquent le principe que la transcription est nécessaire pour rendre l'acquéreur propriétaire à l'égard des tiers. A la suite d'une discussion assez confuse, où le conseil d'Etat paraît avoir adopté l'art. 91 en principe, cet article fut renvoyé à la section de législation en vue de lui faire subir certaines modifications de détail. Ici s'arrête l'histoire de l'art. 91. Tout ce que l'on sait, c'est qu'il n'a pas reparu dans la rédaction définitive de la loi. A-t-il été, comme le supposent quelques-uns, *escamoté* par les adversaires de la transcription? a-t-il été, ce qui paraît plus probable, supprimé à la suite d'une délibération dont les procès-verbaux publiés ne nous ont pas conservé la trace? c'est un mystère qui n'a pu encore être éclairci.

Quoi qu'il en soit, il y avait le fait de la suppression qui paraissait significatif. La jurisprudence l'interpréta dans le sens d'un abandon du principe consacré par le texte supprimé; en conséquence les tribunaux jugèrent invariablement que l'acquéreur à titre onéreux d'un immeuble en devenait propriétaire, même à l'égard des tiers, par le seul effet de la convention. Cette solution, qui, il faut bien le reconnaître, n'allait pas toute seule (car il y a dans le titre *Des privilèges et hypothèques* un certain nombre d'articles qui ne peuvent être vivifiés que par le principe de la transcription, et qu'on se trouve réduit à considérer comme lettre morte si on le supprime, notamment les art. 2108, 2189, 2198, 2199, 2200), ne tarda pas à être législativement consacrée par l'art. 834 du code de procédure civile, aujourd'hui abrogé.

Ce système engendrait, entre autres, les trois conséquences suivantes :

1° L'hypothèque, consentie par le vendeur d'un immeuble postérieurement à la vente, n'était pas opposable à l'acheteur;

2° Celles consenties auparavant ne pouvaient être opposées à l'acheteur qu'à la condition d'avoir été inscrites antérieurement à la vente. Le propriétaire d'un immeuble pouvait donc, après l'avoir hypothéqué, rendre l'hypothèque inefficace en vendant l'immeuble avant que le créancier eût pu prendre son inscription. Conséquence déplorable à laquelle eut pour but de remédier l'art. 834 du C. pr.;

3° Entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, la préférence appartenait à celui dont le titre était antérieur en date. Le propriétaire d'un immeuble pouvait donc tromper ainsi successivement plusieurs acquéreurs, qui traitaient avec lui dans l'ignorance d'une aliénation antérieure dont rien ne pouvait leur faire soupçonner l'existence et qui cependant leur était opposable. Rien ne lui était plus facile surtout, quand il avait vendu une première fois son immeuble avec réserve d'usufruit ou en stipulant le droit d'en conserver la jouissance pendant un certain temps. Les tiers, qui le voyaient continuer à demeurer en possession, devaient tout naturellement le croire propriétaire, et tous ceux qui traitaient avec lui dans cette croyance étaient sacrifiés : il suffisait au premier acquéreur de produire son titre, en supposant toutefois qu'il eût date certaine, pour ruiner leurs espérances.

Défaut absolu de sécurité dans les transactions relatives aux immeubles, voilà quel était le trait caractéristique du système admis par le code civil. Celui qui achetait un immeuble pouvait se voir évincé par un acquéreur antérieur dont le titre était demeuré secret. Un danger de même nature planait sur la tête de celui qui prêtait son argent sur hypothèque : la découverte d'une aliénation antérieure, nconnue de lui au moment de la constitution d'hypothèque et qui réduisait son titre à néant, venait quelquefois lui apprendre qu'il avait été victime d'une infâme supercherie. On n'en finirait pas, si l'on voulait énumérer toutes les fraudes auxquelles pouvait donner lieu le système de la clandestinité des mutations immobilières. Gardons-nous cependant de trop assombrir ce tableau. Dieu merci! la mauvaise foi n'est pas la règle générale dans les transactions humaines. En théorie, la fraude pouvait se réaliser sur une très large échelle, en pratique elle était rare; mais cependant il y en avait des exemples. Ne s'en fût-il jamais présenté, c'était déjà trop qu'elle fût possible; la loi doit en cette matière donner, autant qu'elle le peut, aux particuliers une sécurité absolue. Ces considérations expliquent et légitiment les réclamations très vives auxquelles donna lieu le système du code civil. Au point de vue rationnel d'ailleurs, comment justifier la différence qu'il avait établie entre les aliénations à titre gratuit et les aliénations à titre onéreux? Comment comprendre que les premières fussent réputées connues des tiers par la transcription seulement (art. 939 et s., 1069 et s.), et les secondes indépendamment de cette formalité? Il y avait là évidemment un défaut d'harmonie. La loi du 23 mars 1855, qui porte le titre ridicule de *Loi sur la transcription* EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE, est venue le faire cesser en soumettant à la transcription les aliénations à titre onéreux d'immeubles. La loi nouvelle va même plus loin que celle de l'an VII; car elle soumet à la formalité de la transcription, non seulement, comme cette dernière loi, « les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque », mais en outre les actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation, et les baux de plus de dix-huit ans (art. 1 et 2).

Après un assez long interrègne, le principe de la loi de brumaire a donc repris son empire. La contre-épreuve qu'il a ainsi subie ne peut que le consolider, et nous croyons que sa restauration à la suite de cette longue éclipse lui assure l'immortalité dans nos lois.

N° 2. Des risques.

882. Le mot *risques* désigne dans la langue du droit un *danger,* un *péril, periculum,* d'une nature particulière, celui que fait courir à une personne l'obligation où elle se trouve de supporter les pertes ou détériorations qu'une chose déterminée est exposée à subir par suite d'un cas fortuit ou de force majeure. Ainsi on dira que, dans le contrat de dépôt, la chose déposée est aux *risques* du déposant : ce qui signifie

que, si elle périt ou se détériore entre les mains du dépositaire par un cas fortuit ou de force majeure, la perte sera pour le déposant.

On désigne sous le nom de *cas fortuit* ou *de force majeure* tout événement provenant d'une cause étrangère et non imputable au débiteur, comme un incendie allumé par le feu du ciel. Cpr. Agen, 27 juin 1882, Sir., 84. 2. 92, et *infra* n. 891.

Il va de soi que la perte fortuite d'une chose qui ne fait l'objet d'aucun contrat ne peut être que pour celui à qui elle appartient; pour qui périrait-elle donc, si elle ne périssait pas pour le propriétaire? C'est purement et simplement cette vérité banale que nous paraît exprimer l'adage *Res perit domino*.

La question des risques ne peut se présenter que pour les choses qui font l'objet d'une obligation, et particulièrement d'une obligation de donner : encore faut-il supposer qu'il s'agit d'un corps certain. Voici donc le sens de la question : en supposant que le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, vienne à périr ou à se détériorer par un cas fortuit ou de force majeure avant que l'obligation ait été exécutée, pour qui sera la perte ou la détérioration? pour le créancier? ou pour le débiteur? En d'autres termes, aux risques de qui la chose est-elle? La loi répond : aux risques du créancier. *Res perit creditori*. « Elle » [l'obligation de livrer] rend le créancier propriétaire et met la chose » à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tra- » dition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en » demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce » dernier » (art. 1138 al. 2). Nous savons que les mots *dès l'instant où la chose a dû être livrée* signifient : *dès l'instant où la livraison a été due*, c'est-à-dire *du jour du contrat* (*supra* n. 872), et cela même quand un terme a été stipulé pour la livraison. Le terme n'empêche donc pas les risques d'être immédiatement pour le compte du créancier.

L'application de ces principes est d'une extrême simplicité, lorsque le contrat qui a produit l'obligation de donner est unilatéral. Je vous ai fait donation de ma maison; avant l'époque fixée pour la livraison, elle est incendiée par le feu du ciel. Je suis libéré. A l'impossible nul n'est tenu.

Mais la question se complique, si le contrat qui a produit l'obligation de donner est synallagmatique. Il y a ici deux obligations : l'obligation de donner et une obligation corrélative. Le cas fortuit qui a fait périr la chose, objet de l'obligation de donner, libère le débiteur de cette obligation, c'est incontestable. Libère-t-il aussi le créancier, de l'obligation corrélative à laquelle il s'est soumis? Nullement. Autrement le risque ne serait pas à sa charge. Ainsi je vous vends mon cheval Bucéphale moyennant 2,000 fr.; avant l'expiration du délai fixé pour

la livraison, le cheval meurt subitement. Je suis libéré. Mais vous n'êtes pas libéré de votre obligation envers moi; vous devrez donc me payer les 2,000 fr. qui forment le prix de la vente.

N'est-ce pas une injustice criante? L'acheteur ne peut-il pas dire qu'il ne s'est obligé que pour avoir la chose, et que, du moment où cela est impossible, il doit être dispensé de payer son prix? L'injustice n'est qu'apparente. Sans doute, dans le contrat de vente comme dans tous les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque partie a pour cause celle de l'autre; mais, une fois que les deux obligations se sont valablement formées par le consentement des parties, elles deviennent indépendantes l'une de l'autre; elles acquièrent chacune une existence distincte, et doivent par conséquent être envisagées isolément. Or que voyons-nous dans l'espèce proposée? Le vendeur est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation : le cheval n'existe plus, comment pourrait-il en effectuer la délivrance? La loi lui fait l'application de la maxime *A l'impossible nul n'est tenu;* elle le déclare libéré (art. 1302). Il ne doit même pas de dommages et intérêts à l'acheteur pour le préjudice qu'il éprouve, parce que ce préjudice ne résulte pas d'un fait qui lui soit imputable. Le vendeur, par suite de l'obligation de donner qu'il a contractée, était tenu de veiller à la conservation de la chose et de la livrer à l'époque convenue. Nous supposons qu'il a rempli ponctuellement la première obligation; et, quant à la seconde, il se trouve dans l'impossibilité de la remplir, par suite d'un fait qui lui est étranger. On ne peut donc lui reprocher aucun manquement à ses obligations; par suite il ne saurait être tenu envers le créancier; il doit être complètement libéré. Mais tout cela est étranger à l'obligation de l'acheteur. De ce qu'il y a impossibilité pour le vendeur de livrer la chose, il n'en résulte pas qu'il y ait impossibilité pour l'acheteur de payer le prix. Il devra donc exécuter son obligation, puisque l'exécution est possible. On trouve surprenant que l'acheteur puisse être exposé à payer le prix d'une chose qu'il ne reçoit pas. Mais est-ce que le vendeur n'est pas exposé, de son côté, à perdre la chose et le prix par suite de l'insolvabilité de l'acheteur, auquel il aura, en exécution de la convention, fait la livraison de la chose avant d'être payé? Ce sont là les fortunes diverses des obligations résultant d'un même contrat; chaque partie les subit. D'ailleurs il faut ajouter qu'à côté des mauvaises chances il y a les bonnes. En même temps que la loi inflige à l'acheteur le *periculum rei venditæ,* elle lui donne à titre de compensation le *commodum.* Que la chose vendue vienne à doubler de valeur dans l'intervalle de la vente à la livraison, par suite d'une circonstance fortuite, l'acheteur trouvera tout simple de profiter de ce bénéfice, sans augmentation du

prix. Alors pourquoi se récrie-t-il quand on veut lui faire supporter la perte ? C'est la contre-partie.

883. En somme, la règle, qui met les risques à la charge de l'acheteur dans le contrat de vente, et d'une manière générale à la charge du créancier dans l'obligation de donner, lorsqu'elle est relative à un corps certain, n'est qu'une application particulière de la maxime *Debitor rei certæ rei interitu liberatur*. Cette interprétation est confirmée par les art. 1245 et 1302.

C'est à tort, selon nous, que plusieurs auteurs ont voulu rattacher la décision de l'art. 1138 relativement aux risques à la maxime *Res perit domino*. Il est vrai que ce texte parle des risques en même temps que de la translation de la propriété : « Elle [l'obligation de livrer] rend le créancier propriétaire et met la chose à ses ris- » ques... » ; mais il n'établit pas entre ces deux choses un lien de cause à effet. Le législateur dit que l'obligation de livrer produit deux résultats : 1° elle rend le créancier propriétaire ; 2° elle met la chose à ses risques. Mais il ne dit pas que ce deuxième effet soit une conséquence du premier ; il ne dit pas que les risques sont à la charge du créancier, *parce qu'*il est devenu propriétaire. En droit romain, l'acheteur n'était pas propriétaire dans l'intervalle qui s'écoulait entre la vente et la tradition : ce qui n'empêchait pas les risques d'être pour son compte ; les mêmes principes avaient été admis dans notre ancien droit. On rattachait donc alors la question des risques, non à la règle *Res perit domino,* mais à la règle *Debitor rei certæ rei interitu liberatur*. Pourquoi supposer que le code civil ait changé cette base ? La décision relative aux risques est une disposition traditionnelle ; elle doit donc être interprétée conformément à la tradition. Il est vrai que l'acheteur devient aujourd'hui propriétaire par le seul effet du consentement, et c'était une raison de plus pour notre législateur de mettre les risques à son compte ; mais ce n'est pas à dire qu'il l'en ait chargé pour cet unique motif. — Voici maintenant la conclusion pratique de ce débat ; on trouvera peut-être que son importance n'est pas en rapport avec celle que nous avons assignée au débat lui-même par les développements dans lesquels nous venons d'entrer ; mais il présente un intérêt capital au point de vue théorique, et c'est là notre excuse : les risques ne cesseraient pas d'être à la charge de l'acheteur, si, par une clause dont la pratique n'offre que de très rares exemples, mais dont la validité ne saurait cependant être contestée, le vendeur s'était réservé la propriété jusqu'au jour de la livraison.

884. Les risques cessent d'être à la charge du créancier dans trois cas :

1° Lorsqu'une clause de la convention les met à la charge du débiteur ; l'art. 1302 al. 2 autorise cette stipulation ;

2° Lorsque le cas fortuit, qui a fait périr la chose ou qui l'a fait disparaître ou qui l'a détériorée, a été occasionné par une faute du débiteur, par exemple si la chose a été volée parce que le débiteur a négligé de la mettre en lieu sûr ;

3° Si la chose a péri pendant la demeure du débiteur. La loi formule cette exception dans les termes suivants : « à moins que le débi- » teur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux » risques de ce dernier » (art. 1138 *in fine*). La *demeure* reporte donc

sur le débiteur les risques de la chose (au moins certains risques, nous préciserons bientôt), qui auparavant étaient pour le compte du créancier.

885. Le mot *demeure, mora,* éveille l'idée d'un *retard* que le débiteur apporte à l'exécution de son obligation. Mais tout débiteur qui est en retard n'est pas par cela même en demeure ; toute demeure implique un retard, mais tout retard ne constitue pas la *demeure.* Pour que le débiteur qui est en retard soit en outre en demeure, il faut qu'il soit juridiquement constaté que ce retard cause préjudice au créancier, qu'il est contraire à ses vues : ce qui n'a lieu en principe que lorsque le créancier a *interpellé* le débiteur. D'où résultera l'interpellation? La loi dit : d'une *sommation* ou d'un *autre acte équivalent* (art. 1139), par exemple un commandement ou une demande en justice.

Tout acte suffisant pour interrompre la prescription (art. 2244) l'est à plus forte raison pour mettre le débiteur en demeure ; car la loi exige un acte moins énergique pour la mise en demeure que pour l'interruption de la prescription, puisque la simple sommation suffit pour opérer la mise en demeure, tandis qu'elle ne suffit pas pour interrompre la prescription (art. 2244).

Lorsque l'obligation est à terme, l'interpellation destinée à mettre le débiteur en demeure ne doit avoir lieu que le lendemain de l'échéance du terme. *Totus is dies arbitrio solventis tribui debet.*

Tant que le débiteur n'a pas été interpellé, la loi suppose que le retard qu'il apporte à l'exécution de l'obligation ne cause pas préjudice au créancier, que celui-ci n'a pas d'intérêt à l'exécution immédiate, et qu'il consent à ce que le débiteur prenne son temps. Le code civil a donc rejeté la règle romaine *Dies interpellat pro homine,* qui avait pour conséquence de transformer de plein droit le retard en demeure. Et toutefois la loi permet aux parties de ressusciter cette ancienne règle en déclarant dans le contrat que le débiteur sera en demeure « sans » qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme », expressions qui bien entendu n'ont rien de sacramentel. Le débiteur se trouve alors interpellé par anticipation ; il est averti que le créancier tient essentiellement à l'exécution immédiate de l'obligation aussitôt que le terme sera échu; il n'a qu'à se tenir sur ses gardes. Nous venons d'analyser l'art. 1139, ainsi conçu : « *Le débiteur est constitué en* » *demeure, soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, soit* » *par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin* » *d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure* ».

* Les compagnies d'assurance contre l'incendie insèrent en général dans leurs polices une clause aux termes de laquelle « à défaut de paiement de la prime dans le délai fixé, *et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure,* l'assuré n'a droit au cas de sinistre à aucune indemnité ». La jurisprudence décide que cette clause ne doit pas être appliquée dans toute sa rigueur lorsque la compagnie est dans l'usage

d'envoyer un agent à domicile pour l'encaissement des primes. Cass., 20 décembre 1887, Sir., 88. 1. 56. V. cependant Paris, 2 août 1883, Sir., 84. 2. 10.

886. Nous savons ce que c'est que la demeure et d'où elle résulte. L'art. 1138 nous dit que l'un de ses effets (il y en a d'autres que nous indiquerons plus tard) est de reporter les risques de la chose sur le débiteur, mais non pas tous les risques cependant, quoi que paraisse dire le texte. L'art. 1302 précise en expliquant qu'il ne s'agit que des risques qui sont une conséquence de la demeure, des nouveaux risques que la demeure fait courir au créancier et qu'il ne courrait pas si le débiteur avait rempli fidèlement son obligation. En d'autres termes, le débiteur supportera les cas fortuits qui n'auraient pas fait périr la chose, si elle eût été livrée au créancier; mais les autres demeureront à la charge de celui-ci, parce qu'il n'y a aucun lien entre eux et la demeure du débiteur. Ainsi vous m'avez vendu votre cheval livrable au bout d'un mois; le terme expiré, je vous mets en demeure, et vous ne livrez pas; un incendie survient qui dévore votre écurie, et le cheval y périt. Voilà un cas fortuit qui n'aurait pas fait périr la chose, si elle m'eût été livrée; il est trop juste que vous en répondiez, car il est une conséquence de votre demeure. Supposons au contraire que le cheval soit mort d'un coup de sang; la perte sera pour moi; car votre demeure n'est pas la cause de ce cas fortuit; il se serait tout aussi bien produit, si l'animal eût été entre mes mains. La demeure du débiteur ne peut le rendre responsable que du préjudice qu'elle occasionne; or ici le préjudice a une cause étrangère à la demeure.

En résumé, le débiteur qui est en retard est en faute, *qui in mora est culpa non vacat,* et, en en le rendant responsable des cas fortuits dont sa demeure est la cause, la loi ne fait qu'une application particulière de ce principe, que le débiteur répond des cas fortuits qui ont été occasionnés par sa faute, de sorte que la troisième exception rentre dans la seconde.

SECTION III

DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE

887. L'obligation de faire est celle par laquelle le débiteur s'engage à accomplir un fait, par exemple à construire une maison, à labourer un champ, à creuser un fossé. L'obligation de livrer est un cas particulier de l'obligation de faire, quoi que dise M. Laurent (t. 16, n. 196). Quant à l'obligation de donner, nous savons que le législateur l'oppose à l'obligation de faire (art. 1101). Voyez *supra* n. 784.

L'obligation de ne pas faire est celle par laquelle le débiteur s'engage à s'abstenir d'un fait, par exemple à ne pas écrire dans tel journal, à ne pas jouer sur tel théâtre.

La plupart du temps, il est impossible de contraindre directement le

débiteur à faire lui-même ce qu'il a promis de faire ou à ne pas faire ce dont il s'est engagé à s'abstenir; *nemo potest præcise cogi ad factum.* La mauvaise volonté du débiteur pourra donc mettre le créancier dans l'impossibilité d'obtenir ce qui lui a été promis; alors la loi lui permet d'en réclamer l'équivalent sous forme de dommages et intérêts. De là l'art. 1142 : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout* » *en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Ainsi le débiteur ne construit pas la maison qu'il a promis de construire, ou bien il écrit dans un journal dans lequel il a promis de ne pas écrire; cette contravention donne lieu à des dommages et intérêts au profit du créancier.

Mais le créancier est-il obligé de s'en tenir là? Non; il a droit à l'exécution directe de l'obligation toutes les fois qu'elle est possible.

Ainsi tout d'abord, si le débiteur a contrevenu à une obligation de ne pas faire, le créancier peut exiger, si elle est possible, la destruction de ce qui a été fait en violation de l'engagement. Par exemple, j'ai loué une maison de campagne pour la belle saison, et j'obtiens du voisin qu'il s'engage à ne pas clore son avenue, pour m'y laisser passer. S'il contrevient à cet engagement, je pourrai obtenir de la justice l'autorisation de faire détruire à ses frais la clôture, et en outre j'aurai droit à des dommages et intérêts pour le préjudice que j'ai éprouvé de ne pouvoir passer pendant tout le temps qu'a subsisté la clôture. C'est ce que dit l'art. 1143 : « *Néanmoins le créancier a le droit de* » *demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement,* » *soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du* » *débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu* ».

De même, s'il s'agit d'une obligation de faire, que le débiteur refuse d'accomplir, le créancier peut obtenir de la justice l'autorisation de la faire exécuter aux dépens du débiteur. Ainsi mon voisin s'est obligé à abattre un arbre qui gêne la vue de ma maison sur la campagne; je pourrai me faire autoriser par la justice à le couper à sa place et à ses frais, s'il s'y refuse. C'est ce que dit l'art. 1144 : « *Le créancier peut* » *aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même* » *l'obligation aux dépens du débiteur* ».

= *Peut aussi.* Cette locution indique, non une faculté pour le juge d'ordonner ou de ne pas ordonner l'exécution aux dépens du débiteur, quand elle est possible, mais bien une faculté pour le créancier de la demander. En un mot, le juge doit ordonner l'exécution de l'obligation de faire, aux dépens du débiteur, toutes les fois qu'elle est demandée par le créancier et que d'ailleurs elle est possible. Cela résulte avec évidence, à notre avis, du mot *aussi,* qui prouve que l'art. 1144 est conçu dans le même ordre d'idées que l'art. 1143; or il est certain que ce dernier article accorde au créancier le droit d'*exiger* que la justice ordonne, quand elle est possible, la destruction de ce qui a été fait en violation de l'engagement. Les art. 1143 et 1144 ne sont que la conséquence d'un même principe, savoir que le créancier a droit à

l'exécution directe de l'obligation toutes les fois qu'elle est possible. L'action de la justice pour procurer cette exécution ne doit s'arrêter que devant une impossibilité matérielle, comme il arrivera par exemple s'il s'agit d'un artiste qui a promis de peindre un tableau et qui refuse de s'exécuter : il faudra bien en pareil cas que le créancier se contente de dommages et intérêts, car nulle puissance humaine ne peut contraindre le peintre à prendre ses pinceaux ; et, d'un autre côté, comme le talent personnel de l'artiste a été, nous le supposons, pris en considération, il ne peut pas être question de faire exécuter l'obligation par un autre à sa place. C'est là, nous l'avons dit plus haut (n. 859), tout ce que signifie la maxime *Nemo potest præcise cogi ad factum*, qui exprime une impossibilité de fait et non une impossibilité de droit.

Nous retrouverons bientôt l'art. 1145, aux termes duquel : « *Si l'obli-* » *gation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et* » *intérêts par le seul fait de la contravention* ». Si par exemple vous avez promis de me prêter votre concours pour l'exploitation d'une découverte que j'ai faite et de ne confier à personne le secret de mes procédés, du moment où vous l'aurez divulgué, vous serez de plein droit débiteur envers moi de dommages et intérêts.

SECTION IV

DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION

888. *Lato sensu,* l'expression *dommages et intérêts* ou *dommages-intérêts* désigne l'indemnité qui est due à titre de réparation d'un préjudice.

Le préjudice, que les dommages et intérêts ont pour but de réparer, peut résulter, soit de l'inexécution d'une obligation, soit d'un délit ou d'un quasi-délit. C'est dans les art. 1382 et suivants que le législateur traite des dommages et intérêts ayant leur source dans un délit ou dans un quasi-délit ; il ne s'occupe ici que des dommages et intérêts *résultant de l'inexécution d'une obligation,* ainsi que l'indique très nettement la rubrique de notre section.

L'inexécution d'une obligation peut faire subir au créancier une perte, *damnum ;* elle peut en outre l'empêcher de réaliser un gain, *lucrum.* Double préjudice, dont le débiteur doit naturellement la réparation, si l'inexécution de l'obligation lui est imputable. Comment la fournira-t-il ? En payant au créancier une somme d'argent suffisante pour l'indemniser. Le créancier sera ainsi replacé dans une situation équivalente à celle où il se fût trouvé si l'obligation eût été fidèlement exécutée. Pothier avait donc raison de dire « que les dommages et intérêts ne sont autre chose que l'estimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation » ; c'est la réparation pécuniaire du préjudice que l'inexécution lui cause, et ce préjudice, nous l'avons dit, peut être double : perte éprouvée, *damnum emergens,* gain

manqué, *lucrum cessans*. Ces deux éléments sont représentés dans le mot *dommages et intérêts* (dommage, *damnum*, intérêt, *lucrum*), qui contient ainsi presque une définition de l'indemnité dont il s'agit.

L'inexécution partielle peut, aussi bien que l'inexécution totale, être la source de dommages et intérêts; par conséquent les dommages et intérêts peuvent être dus à raison du retard dans l'exécution, qui n'est qu'un cas particulier d'inexécution partielle, *minus solvit qui tardius solvit* (art. 1147).

On donne ordinairement dans la doctrine le nom de dommages et intérêts *compensatoires* à ceux qui sont dus au créancier à raison de l'*inexécution* de l'obligation; ils ne sont que l'évaluation en argent de l'intérêt que le créancier avait à ce que l'obligation fût exécutée, la *compensation* par conséquent du préjudice que l'inexécution lui cause (cpr. art. 1229 al. 1) : à la place d'une exécution en nature, qui n'est plus possible, le créancier obtient une exécution en argent. Quant aux dommages et intérêts qui sont dus au créancier à raison du simple *retard* dans l'exécution, on les appelle dommages et intérêts *moratoires*, parce qu'ils sont dus *propter moram;* ils sont l'évaluation en argent de l'intérêt que le créancier avait à ce que l'obligation fût exécutée à l'époque où elle aurait dû l'être.

I. *Conditions requises pour qu'il y ait lieu aux dommages et intérêts.*

889. Pour que l'inexécution totale ou partielle d'une obligation puisse donner lieu à des dommages et intérêts, trois conditions sont requises. Il faut : 1° que l'inexécution ait causé un préjudice au créancier; 2° qu'elle soit imputable au débiteur; 3° que le débiteur, au moins au cas où il s'agit d'un simple retard dans l'exécution, soit en demeure.

890. Première condition. Il faut que l'inexécution de l'obligation ait causé un préjudice au créancier. La loi fait allusion à cette première condition par les mots *s'il y a lieu* de l'art. 1147, qui signifient : *si le juge estime que le créancier a éprouvé un dommage*. Sans dommage, on ne comprendrait pas une action en dommages et intérêts : le préjudice est évidemment l'élément essentiel d'une action qui est destinée à procurer la réparation d'un préjudice. Ainsi j'ai donné mandat à un notaire, qui s'est chargé de cette commission, de faire inscrire une hypothèque pour mon compte; le notaire néglige de remplir son obligation. Je ne pourrai de ce chef lui réclamer aucuns dommages et intérêts, si l'événement démontre que mon hypothèque, au cas où elle aurait été inscrite, ne serait pas venue en ordre utile.

C'est au créancier de prouver l'existence du préjudice qu'il invoque comme base de sa demande en dommages et intérêts, *actoris est probare*. Toutefois, nous verrons que ce préjudice est présumé dans l'hypothèse prévue par l'art. 1153.

891. Deuxième condition. Il faut que l'inexécution de l'obligation ou le retard dans l'exécution soit imputable au débiteur; car c'est seulement en ce cas qu'il peut être considéré comme étant l'auteur du préjudice subi par le créancier, et que par suite il peut être tenu d'en fournir la réparation.

L'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur, lorsqu'elle est le résultat de son dol, de sa faute ou même de son simple fait. On sait que la *faute* consiste dans une négligence commise sans intention de nuire, *culpa factum inconsultum quo alteri nocetur*. Si l'intention de nuire existe, il y a *dol*. Enfin il y a simple *fait*, quand le débiteur, sans être coupable de dol ni même de faute, est cependant la cause du préjudice subi par le créancier : comme si, ignorant que mon père, qui vient de mourir et dont je suis héritier, vous a vendu son cheval, j'en dispose au profit d'une autre personne à laquelle je le livre et qui se prévaut contre vous de l'art. 2279. Le simple fait, nous l'avons dit, suffit pour rendre le débiteur responsable de l'inexécution de son obligation.

L'imputabilité cesse, et avec elle la responsabilité civile (1) qu'elle engendre, lorsque l'inexécution de l'obligation est le résultat d'une cause complètement étrangère au débiteur, c'est-à-dire d'un cas fortuit. C'est ce que dit l'art. 1147, ainsi conçu : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

La *cause étrangère qui ne peut être imputée au débiteur* constitue, nous venons de le dire, ce que l'on appelle un cas fortuit. La partie finale de l'art. 1147 revient donc à dire que le débiteur n'est pas responsable de l'inexécution de l'obligation, et que par suite il ne doit de ce chef aucuns dommages et intérêts, lorsque cette inexécution est le résultat d'un cas fortuit, et par conséquent l'art. 1148 contient une répétition inutile de cette disposition quand il dit : « *Il n'y a lieu à aucuns dom-*

(1) La responsabilité civile consiste dans l'obligation de fournir des *réparations civiles* ou *dommages et intérêts*. On oppose la responsabilité civile à la responsabilité pénale. Un même fait peut engager la responsabilité civile et la responsabilité pénale de son auteur : ainsi le voleur est responsable *civilement* des conséquences de son délit envers le propriétaire qu'il a dépouillé, et *pénalement* envers la société, représentée par les magistrats du ministere public pour la poursuite et par les tribunaux de justice répressive pour la condamnation.

» *mages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas* » *fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il* » *était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ».

= *D'une* FORCE MAJEURE *ou d'un* CAS FORTUIT. Ces deux expressions, qui, dans le langage de la loi, paraissent être le plus souvent synonymes, désignent tout événement qu'on ne saurait prévoir et auquel on ne saurait résister quand même il serait prévu, comme le feu du ciel, les tremblements de terre, la grêle, la maladie, la mort, la guerre. Ce sont là des faits complètement étrangers au débiteur et dont il ne saurait être responsable. Si l'exécution de l'obligation est devenue impossible par suite de l'un de ces faits, le débiteur est libéré, parce qu'à l'impossible nul n'est tenu (art. 1302 al. 3). Cpr. *supra* n. 802.

C'est au débiteur de prouver le cas fortuit qu'il allègue à l'appui de sa libération. Arg.art. 1147 et art. 1302 al. 3.

On voit que la faute du débiteur se présume, et cela résulte aussi de l'art. 1315 al. 2, aux termes duquel le débiteur qui se prétend libéré doit prouver sa libération, donc l'exécution de l'obligation ou l'absence de faute dans l'inexécution. Un voiturier, après avoir transporté une chose d'un lieu dans un autre, la remet avariée au destinataire. Il doit prouver que l'avarie est le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure ; car il était tenu en vertu de son contrat de veiller à la conservation de la chose, et quand on lui demande l'exécution de ce contrat, il doit ou satisfaire le réclamant ou lui prouver qu'il se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de le faire. Un ouvrier est blessé par l'explosion d'une machine. Le patron doit prouver, s'il veut échapper à l'obligation de payer des dommages et intérêts à l'ouvrier blessé, qu'il a livré une machine en parfait état, répondant aux derniers perfectionnements de la science. Ce n'est pas à l'ouvrier de prouver que la machine était en mauvais état. Cpr. Cass. Belgique, 8 janvier 1886, Sir., 86. 4, 25, et la note.

892. TROISIÈME CONDITION. Il faut que le débiteur soit en demeure. L'art. 1146 dit à ce sujet : « *Les dommages et intérêts ne sont dus que* » *lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté* » *néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou* » *de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il* » *a laissé passer* ».

On sait que la *demeure* résulte de la constatation légale du retard du débiteur; cette constatation s'opère à l'aide d'une interpellation émanée du créancier (sommation ou autre acte équivalent). Tant que le créancier n'a pas accompli cet acte de rigueur, la loi suppose que le retard ne lui est pas préjudiciable, et qu'il autorise tacitement le débiteur à prendre son temps. Voilà pourquoi elle exige que le créancier mette le débiteur en demeure pour avoir droit à des dommages et intérêts.

Et toutefois cette règle comporte deux exceptions :

La première a lieu, lorsqu'il existe un texte déclarant que le débiteur sera en demeure indépendamment de toute interpellation. On en

trouve un exemple dans l'art. 1145, que nous connaissons déjà, et aux termes duquel le débiteur, qui contrevient à une obligation de ne pas faire, doit des dommages et intérêts *par le seul fait de la contravention.* Voyez aussi les art. 1302 al. 4, 1378-1379 et 1657;

La deuxième exception a lieu, lorsqu'il a été convenu entre les parties que le débiteur serait de plein droit en demeure indépendamment de toute interpellation. Cette convention peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse, lorsque le contrat porte que, « sans qu'il soit » besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en » demeure » (art. 1139 *in fine*), ou toute autre formule équivalente; car bien entendu celle-là n'a rien de sacramentel.

Elle est tacite, lorsque l'obligation ne peut être exécutée utilement que dans un certain délai : comme si je loue un chien couchant pour le jour de la clôture de la chasse et qu'on me l'amène le lendemain, ou si je donne mandat à un avoué d'interjeter appel en mon nom et qu'il laisse passer le délai. L'art. 1146 *in fine* dit qu'en pareil cas les dommages et intérêts sont dus, sans qu'il soit nécessaire que le débiteur soit en demeure; il eût été plus exact de dire : sans qu'il soit nécessaire que le débiteur ait été interpellé, qu'il ait été *mis* en demeure, car il s'y trouve en réalité par suite de la convention tacite dont nous venons de parler.

Observation. — La mise en demeure suppose que l'exécution de l'obligation est encore possible; car elle n'est qu'une demande d'exécuter, accompagnée de cet avertissement que le créancier considère tout retard comme lui étant préjudiciable et entend en rendre le débiteur responsable. La mise en demeure n'est donc pas nécessaire, lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible par la faute ou par le fait du débiteur, comme s'il a laissé périr la chose due, faute de remplir l'obligation dont il était tenu de veiller à sa conservation. Dans ce cas, les dommages et intérêts sont dus de plein droit au créancier; il ne reste plus qu'à les faire liquider. C'est ce qu'on peut induire de l'art. 1145, aux termes duquel le seul fait de la contravention à une obligation de ne pas faire rend le débiteur passible de dommages et intérêts : dans toute obligation le débiteur s'engage tacitement à ne rien faire qui rende impossible l'exécution de l'obligation; si donc il contrevient à cette obligation, les dommages et intérêts seront dus de plein droit.

II. *De l'évaluation des dommages et intérêts.*

893. Les règles du droit commun sur cette matière sont contenues dans les art. 1149 à 1152. Une exception fort importante, relative aux

dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution de l'obligation de payer une somme d'argent, est déposée dans les art. 1153 à 1155. Etudions successivement la règle et l'exception.

A. *Le droit commun.*

894. Aux termes de l'art. 1149 : « *Les dommages et intérêts dus au » créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a » été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ».

= *De la perte qu'il a faite.* C'est le *damnum emergens.*

= *Du gain dont il a été privé.* C'est le *lucrum cessans.*

Quantum mihi abest, quantumque lucrari potui, dit la loi 13, D., *Ratam rem haberi,* XLVI, 8.

L'exemple suivant, que nous empruntons à M. Colmet de Santerre, met très bien en relief ce double élément des dommages et intérêts. Un entrepreneur de fêtes publiques traite avec un chanteur pour qu'il vienne donner un concert; l'artiste manque à sa parole, et le concert ne peut avoir lieu. Les dommages et intérêts dus à l'entrepreneur comprendront : d'abord l'indemnité des dépenses de toute nature qu'il a faites en pure perte, frais de location de la salle, d'affiches, de publication dans les journaux... : c'est le *damnum emergens;* puis l'indemnité du bénéfice que l'entrepreneur aurait probablement fait sur le prix des places, tous frais déduits : c'est le *lucrum cessans.*

Voilà le principe; mais, après l'avoir établi, la loi nous indique immédiatement qu'il reçoit certaines limitations. Passons-les en revue.

895. Première limitation. Elle résulte des art. 1150 et 1151, ainsi conçus :

Art. 1150. *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.*

Art. 1151. *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.*

Il faut donc distinguer, pour le calcul des dommages et intérêts, si le débiteur est ou non coupable de dol.

a. Nous supposerons d'abord, comme le fait la loi, que le débiteur est exempt de dol : c'est par son fait ou même par sa faute que l'obligation est demeurée sans exécution; mais il n'a pas agi dans l'intention de nuire à son créancier. Ici la loi se montre relativement indulgente : le débiteur ne sera tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou que l'on a pu prévoir lors du contrat. Décision très juridique; car l'obligation de payer les dommages et intérêts doit être considérée dans ce cas comme résultant d'une convention tacite, et naturellement cette convention n'a pu comprendre que les dommages et intérêts qu'il a été possible de prévoir lors du contrat.

Quant à savoir quels sont les dommages et intérêts que les parties ont pu prévoir lors du contrat, on comprend bien que c'est là surtout et avant tout une question de fait, à décider par le juge en cas de contestation. Il pourra tirer parti pour la résoudre de la distinction suivante qu'établit Pothier (*Obligations,* n. 161). « Ordinairement, dit-il, les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts, que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet [dommages et intérêts *intrinsèques*], et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui aurait occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens [dommages et intérêts *extrinsèques*]. C'est pourquoi dans ce cas le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation..., *propter ipsam rem non habitam* ».

Puis Pothier propose plusieurs exemples. En voici un : « Si j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir, et qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été évincé par le propriétaire, je serai tenu des dommages et intérêts de mon locataire, résultant des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultant de ce que le prix des loyers de maison étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail. Car ces dommages et intérêts ont un rapport prochain à la jouissance de la maison qui a fait l'objet de mon obligation, et sont soufferts par le locataire *propter ipsam rem non habitam.* — Mais si ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison que je lui ai louée, et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage qui est étranger, et qui n'a pas été prévu lors du contrat. — A plus forte raison, si dans le délogement quelques meubles précieux de mon locataire ont été brisés, je ne serai pas tenu de ce dommage ; car c'est l'impéritie des gens dont il s'est servi qui en est la cause, et non l'éviction qu'il a soufferte; elle en est seulement l'occasion ».

b. Si le débiteur est coupable de dol, la loi le traite avec plus de rigueur; il répondra même des dommages et intérêts qui n'ont pas pu être prévus lors du contrat (arg. art. 1150 et 1151). La raison en est que l'obligation pour le débiteur de payer les dommages et intérêts ne peut plus être considérée ici comme ayant sa source dans une convention tacite accessoire, et qu'il n'y a plus à se préoccuper par suite de savoir si les dommages et intérêts réclamés par le créancier ont pu ou non être prévus lors du contrat. L'hypothèse du dol n'a pas dû se présenter à la pensée des parties contractantes ; et, à supposer qu'elle soit entrée dans leurs prévisions, toute clause, ayant pour but de restreindre la responsabilité du débiteur quant aux conséquences de son dol, devrait être considérée comme nulle. *Illud nulla pactione effici potest ne dolus præstetur.* Que reste-t-il donc? C'est que le dol est ici la cause, et la cause unique de l'obligation du débiteur. Il doit par suite être tenu, *velit, nolit,* comme le dit Dumoulin, d'en réparer toutes les conséquences. Voilà pourquoi il est tenu, même des dommages et intérêts qui n'ont pas pu être prévus.

Et toutefois, comme le débiteur, même dans le cas où il est coupable de dol, ne doit que la réparation du préjudice dont il est vraiment l'auteur, il ne sera tenu, dit la loi, que du dommage « qui est une

» suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». Il est facile de reconnaître la source de cette disposition dans le passage suivant de Pothier, qui en est, à notre avis, le meilleur commentaire : « La règle, qui me paraît devoir être suivie en ce cas, est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu, pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes (*Obligations,* n. 167).

Et voici maintenant un des exemples à l'aide desquels Pothier explique son principe. Il suppose la vente d'une vache *pestiférée,* faite par un marchand qui connaissait l'état de l'animal et qui l'a dissimulé, qui était coupable de dol par conséquent; la vache, mise en contact avec les autres animaux appartenant à l'acheteur, leur communique sa maladie et ils périssent. Le vendeur de mauvaise foi sera responsable de tout ce préjudice, qui est une suite directe de son dol. Mais voilà maintenant que l'acheteur, n'ayant plus d'animaux pour la culture de ses terres, les a laissées en friche et n'en a pas tiré de revenu ; n'ayant pas de revenu, il n'a pas pu payer ses créanciers; ceux-ci, n'étant pas payés, ont saisi ses biens et les ont fait vendre à vil prix... Le vendeur de l'animal sera-t-il responsable de tout ce désastre? Non, parce qu'il « n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol ». Il faut absolument s'arrêter dans la série des déductions; autrement, comme le dit spirituellement M. Colmet de Santerre, si, à la suite de tous ces événements, le créancier s'était suicidé, il faudrait déclarer le débiteur coupable de dol responsable de sa mort.

896. Deuxième limitation. Elle résulte de l'art. 1152, ainsi conçu : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter* » *paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut* » *être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* ».

En fixant ainsi à l'avance, par une stipulation qui porte le nom de *clause pénale,* le montant des dommages et intérêts qui pourront être dus à raison de l'inexécution de la convention ou à raison du retard dans l'exécution, les parties se proposent pour but d'éviter les contestations et les procès auxquels ce règlement pourrait donner lieu, quelquefois aussi de se prémunir contre l'arbitraire, inévitable en cette matière, des décisions du juge. Cela étant, notre article décide avec raison que la convention des parties fera loi sur ce point, et ne permet pas au juge, ainsi que le faisait Pothier d'après Dumoulin, de modérer le taux des dommages et intérêts, lorsqu'ils lui paraissent trop élevés ; les parties ne sont-elles pas après tout les meilleurs arbitres de leurs intérêts?

La règle, que le juge ne peut pas réduire, sous prétexte d'exagération, le taux des dommages et intérêts, tel que les parties l'ont fixé par une clause pénale, était absolue sous l'empire du code civil; elle a cessé de l'être depuis la loi du 3 septembre 1807. Ce point demande quelques explications. En autorisant le prêt à intérêt, qui était proscrit dans notre ancien droit, le code civil avait laissé aux parties la faculté d'en régler le taux comme elles l'entendraient ; on pouvait donc valablement, d'après cette législation, prêter de l'argent à 10 %, à 20 %, à 50 %... (art.

1907). Cette liberté illimitée fut restreinte, peu d'années après la promulgation du code civil, par une loi du 3 septembre 1807. L'art. 1 de ladite loi défend de stipuler un intérêt supérieur à cinq pour cent en matière civile et à six pour cent en matière commerciale, et l'art. 3 déclare usuraire et nulle à ce titre la stipulation excédant ces limites. Sous l'empire d'une semblable législation, le créancier d'une somme d'argent ne peut pas valablement stipuler par une clause pénale des dommages et intérêts supérieurs au taux de cinq ou de six pour cent, pour le cas où le débiteur ne paierait pas à l'échéance. La stipulation devrait être considérée la plupart du temps comme déguisant un prêt usuraire et réduite aux limites légales. Autrement rien ne serait plus facile aux parties que d'éluder la règle, qui défend de stipuler dans un prêt d'argent un intérêt supérieur à cinq ou à six pour cent. Il suffirait de prêter au taux légal pour un temps très court, et de stipuler par une clause pénale que, si l'argent n'est pas remboursé à l'expiration de ce délai, l'emprunteur devra, à titre de dommages et intérêts moratoires, un intérêt calculé au taux de 10 % l'an, par exemple. La loi du 3 septembre 1807 se trouve aujourd'hui abrogée en partie par la loi du 13 janvier 1886, qui a rétabli le principe de la liberté du taux de l'intérêt en ce qui concerne le prêt commercial. La limitation du taux de l'intérêt conventionnel, établie par la loi de 1807, ne subsiste donc plus aujourd'hui qu'en matière civile, et il faut restreindre dans les mêmes limites la conséquence que nous en avons déduite en ce qui concerne la clause pénale. En d'autres termes, en matière civile, le créancier d'une somme d'argent ne peut pas valablement stipuler des dommages et intérêts moratoires supérieurs au taux légal qui est de 5 %. Une semblable stipulation serait usuraire. En matière commerciale au contraire, les parties peuvent régler comme elles l'entendent les dommages et intérêts moratoires. Cpr. t. III, n. 838.

B. *L'exception.*

897. Elle est relative aux obligations ayant pour objet une somme d'argent.

On remarquera tout d'abord que, tandis que, dans les autres obligations, le créancier a droit à des dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans l'exécution, il ne peut être question ici de lui allouer des dommages et intérêts qu'à raison du retard dans l'exécution, des dommages et intérêts *moratoires* (*supra* n. 888). En effet, les dommages et intérêts dus à raison de l'*inexécution,* les dommages et intérêts *compensatoires,* comme on les appelle, ne sont que la compensation *pécuniaire* du préjudice que l'inexécution de l'obligation cause au créancier : à la place d'une exécution en nature il obtient une exécution en argent. Les dommages et intérêts compensatoires consistent donc dans la transformation de l'obligation contractée par le débiteur en une obligation de somme d'argent. Or cette transformation suppose nécessairement que l'obligation à transformer n'a pas elle-même pour objet une somme d'argent; autrement la transformation est toute faite, ou pour mieux dire elle est impossible. Les dommages et intérêts à allouer au créancier ne pourront donc être dans notre espèce que des dommages et intérêts *moratoires.* Cpr. art. 1153, qui ne parle que des dommages et intérêts *résultant du retard.*

Mais ce n'est pas tout : il y a ici, soit en ce qui concerne le taux des dommages et intérêts, soit en ce qui concerne les conditions requises pour qu'ils puissent être réclamés, trois particularités à noter. Elles résultent de l'art. 1153, ainsi conçu : « *Dans les obligations qui se bor-* » *nent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résul-* » *tant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la* » *condamnation aux intérêts fixés par la loi ; sauf les règles particulières* » *au commerce et au cautionnement. — Ces dommages et intérêts sont* » *dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. — Ils* » *ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi* » *les fait courir de plein droit* ».

898. Première particularité. D'après le droit commun, le taux des dommages et intérêts moratoires varie suivant l'importance du préjudice que le retard a causé au créancier. La loi déroge ici à cette règle : quel que soit le préjudice souffert par le créancier par suite du retard, il ne pourra jamais réclamer à titre de dommages et intérêts que l'intérêt légal de la somme due, c'est-à-dire 5 °/₀ en matière civile et 6 °/₀ en matière commerciale (loi du 3 septembre 1807, art. 2). Le taux est plus élevé en matière commerciale, soit parce que l'argent employé à faire le commerce rapporte davantage, *pluris valet pecunia mercatoris,* et qu'il est juste par cela même que celui qui le prête puisse en retirer un intérêt plus élevé, soit parce que le prêteur court de plus gros risques.

Toutefois la règle, que le créancier d'une somme d'argent ne peut jamais réclamer à titre de dommages et intérêts moratoires une indemnité supérieure à l'intérêt légal de la somme due, reçoit trois exceptions, dont deux sont mentionnées par notre article.

a. La première résulte de ces mots : *sauf les règles particulières au commerce.* Parmi ces règles, on cite principalement celles relatives au *rechange* (C. co., art. 177 à 186). Nous nous bornons à y renvoyer.

b. Après avoir dit : *sauf les règles particulières au commerce,* notre texte ajoute : *et au cautionnement.* C'est la deuxième exception ; la loi, qui l'indique seulement ici, la formule dans l'art. 2028 *in fine,* duquel il résulte que la caution, qui a payé pour le compte du débiteur principal, a droit d'exiger de celui-ci, outre le remboursement de la somme qu'elle a versée, non seulement l'intérêt légal de cette somme depuis le jour du paiement, mais en outre de plus amples dommages et intérêts s'il y a lieu.

c. La troisième exception, que ne prévoit point notre texte, résulte de l'art. 1846 *in fine* relatif aux sociétés. Voyez cet article.

899. Deuxième particularité. D'après le droit commun, le créancier ne peut obtenir des dommages et intérêts moratoires qu'à la condition de justifier que le retard du débiteur lui a causé un préjudice. La loi dispense ici le créancier de cette justification : il a droit à l'intérêt légal de la somme due, sans être tenu de justifier d'aucune perte (art. 1153 al. 2).

Ainsi, par une première dérogation aux règles du droit commun, la

loi, dans les obligations de sommes d'argent, tarife d'une manière invariable les dommages et intérêts dus au créancier par suite du retard du débiteur, quel que soit le préjudice par lui subi. En revanche, par une deuxième dérogation, elle lui alloue ces dommages et intérêts sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte. Pothier va nous dire la raison de cette double déviation (n. 170) : « Comme les différents dommages et intérêts qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette espèce d'obligation, varient à l'infini, et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de les régler, comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe. C'est ce qu'on a fait, en les fixant aux intérêts de la somme au taux ordinaire..., ces intérêts étant le prix commun du profit légitime que le créancier aurait pu retirer de la somme qui lui était due, si elle eût été payée ».

900. Troisième particularité. En règle générale, une simple sommation suffit pour rendre le débiteur passible des dommages et intérêts moratoires. Elle ne suffit plus, lorsque l'obligation que le débiteur est en retard d'exécuter est une obligation de payer une somme d'argent. La loi exige ici une mise en demeure plus énergique; elle ne se contente même pas d'un commandement. L'art. 1153 *in fine* dispose que les intérêts moratoires ne sont dus que du jour de la *demande :* expression qui fait allusion très certainement à une demande en justice, ainsi que le prouve l'art. 1479, qui contient une application particulière de notre disposition. Et toutefois, la citation en conciliation étant dans la plupart des cas un préliminaire obligé de la demande en justice, l'art. 57 du code de procédure civile décide avec raison que cette citation fera courir les intérêts moratoires, pourvu que la demande soit formée dans le mois à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation.

Pourquoi la mise en demeure du droit commun, celle qui résulte de la sommation, ne suffit-elle pas pour faire courir les intérêts moratoires ? pourquoi la loi exige-t-elle la mise en demeure la plus énergique de toutes, celle qui résulte d'une demande en justice ? « La loi a voulu, dans l'intérêt du débiteur, que le créancier manifestât catégoriquement, énergiquement sa volonté de faire courir les intérêts : *catégoriquement*, c'est-à-dire en termes clairs et non équivoques; *énergiquement*, c'est-à-dire par un acte assez menaçant pour ne laisser au débiteur aucune illusion. » Ainsi s'exprime M. Demolombe (t. 24, n. 625). C'est en effet la seule raison que l'on puisse donner à l'appui de cette dérogation; mais elle nous paraît, comme à M. Laurent, d'une faiblesse extrême. Est-ce donc que le commandement, par exemple, peut laisser quelque illusion au débiteur sur les intentions du créancier ? Le législateur semble avoir considéré lui-même la règle, que les intérêts moratoires ne courent qu'à compter de la demande en justice, comme ne reposant pas sur un fondement bien solide, car il l'a littéralement étouffée sous le poids des exceptions. — Les exceptions sont de deux espèces : dans quelques cas, les intérêts moratoires courent en vertu d'une simple sommation (art. 474 al. 2, 1652 al. 4, 1936, 1996 *in*

fine. Adde C. co., art. 184); dans d'autres, beaucoup plus nombreux, ils courent de plein droit. Voyez notamment art. 456, 474 al. 1, 856, 1378, 1440, 1473, 1570, 1652 al. 3, 1846, 1996, 2001, 2028. Mais la règle reste toujours, à savoir que les intérêts moratoires ne peuvent courir qu'en vertu d'une demande en justice, et c'est elle qui doit s'appliquer toutes les fois que le législateur n'y a pas dérogé par un texte formel.

901. C'est une question très discutée que celle de savoir ce que doit comprendre la demande en justice, pour faire courir les intérêts moratoires. Faut-il que le créancier demande spécialement les intérêts ? ou suffit-il qu'il demande le capital, sans faire mention des intérêts ? La cour de cassation juge que la demande du capital suffit; il y a cependant quelque incertitude dans sa jurisprudence, et celle des cours d'appel est divisée. Quant à la doctrine, elle se prononce en général en sens contraire. C'est la cour de cassation qui nous paraît avoir raison dans ce débat; les arguments qu'elle fait valoir nous semblent péremptoires. Les intérêts moratoires, dit en substance la cour, sont des dommages et intérêts. D'après les règles générales, les dommages et intérêts sont dus à compter de la mise en demeure. Dans les cas ordinaires, une sommation suffit pour produire ce résultat; mais ici la loi exige une interpellation plus énergique, une demande judiciaire. La demande en justice remplace donc la sommation; le créancier doit par conséquent *demander judiciairement* au débiteur ce qu'il le sommerait de payer, s'il procédait conformément au droit commun; or il est clair qu'il ne le sommerait de payer que le capital. Rationnellement d'ailleurs, le créancier ne peut demander au débiteur que ce que celui-ci doit; or au moment de la demande le débiteur ne doit que le capital; donc le créancier n'a pas à lui demander les intérêts. Enfin cette interprétation trouverait au besoin un nouveau point d'appui dans l'art. 57 du code de procédure civile, cité tout à l'heure. — Bien entendu, le juge ne pourra allouer au demandeur les intérêts moratoires qu'autant que celui-ci les aura réclamés par des conclusions prises pendant le cours de l'instance; autrement il statuerait *ultra petita,* ce que notre loi ne permet pas (arg. art. 480-3° C. pr.). En résumé, les intérêts sont dus du jour de la demande du capital, mais ils doivent être réclamés pour que le juge puisse les allouer.

On se prévaut principalement dans l'opinion contraire des termes de l'art. 1153 al. 3 : « *Ils* [les intérêts moratoires] ne sont dus que du jour de la demande ». De la demande de quoi? des intérêts évidemment. On fortifie cet argument par un autre emprunté à l'art. 1207, qui contient une application particulière du principe : « La demande d'intérêts formée contre l'un des codébiteurs solidaires fait courir les » intérêts à l'égard de tous ». — A l'argument tiré de l'art. 1153 nous répondons que la demande dont il parle, sans préciser autrement, peut tout aussi bien être la demande du capital que celle des intérêts. Et quant à l'argument tiré de l'art. 1207, il perd à peu près toute sa valeur, si l'on tient compte de cette règle d'interprétation, trop souvent oubliée, qu'il ne faut pas chercher dans un texte la solution d'une question qu'il n'a pas pour but de résoudre. Les mots *la demande d'intérêts* ont été vraisemblablement employés ici *brevitatis causa* comme synonymes de ceux-ci : la demande du capital formée en vue de faire courir les intérêts.

* Ce que nous venons de dire en ce qui concerne les intérêts, nous n'hésiterions pas à l'appliquer à l'intérêt des intérêts, ou anatocisme. En d'autres termes, la demande des intérêts nous paraîtrait suffisante pour faire courir les intérêts des intérêts, en supposant qu'il s'agit d'intérêts dus pour une année entière (art. 1154), sans qu'il fût nécessaire de comprendre spécialement dans la demande les intérêts des intérêts. La raison de décider est la même, les intérêts devenant eux-mêmes un nouveau capital en tant qu'on les envisage comme susceptibles de produire des intérêts. La doctrine et la jurisprudence sont en sens contraire.

* **902.** Une demande nulle en la forme ne ferait pas courir les intérêts moratoires. Il en serait de même d'une demande formée devant un juge incompétent. On s'est prévalu à tort pour soutenir le contraire de l'art. 2246, dont la disposition exceptionnelle et toute spéciale à la matière de la prescription n'est pas susceptible d'être étendue d'un cas à un autre. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Cass., 25 mai 1887, Sir., 87. 1. 385. M. Larombière observe toutefois avec raison, qu'une demande formée devant un juge incompétent ferait courir les intérêts dans tous les cas où une simple sommation suffit exceptionnellement pour produire ce résultat. Effectivement elle équivaut à une mise en demeure. Arg. art. 2246 cbn. 2244.

De l'anatocisme.

903. L'*anatocisme* (de ανα, τοκος, nouveau produit, *iteratus fœtus*) est l'intérêt des intérêts. Au lieu de payer à son créancier les intérêts échus, le débiteur les garde et en sert l'intérêt; les intérêts sont ainsi *capitalisés,* c'est-à-dire qu'ils se joignent au capital et deviennent comme lui productifs d'intérêts.

Ainsi je vous prête 20,000 fr. à 5 °/₀. Au bout d'un an vous me devez 1,000 fr. d'intérêts. Je conviens avec vous que vous garderez ces 1,000 fr. et que vous m'en servirez l'intérêt; vous me devez donc désormais 21,000 fr. et l'intérêt de cette somme à 5 °/₀, soit 1050 fr. par an. Au bout de la seconde année, je conviens avec vous que vous garderez encore les 1,050 fr. d'intérêts échus et que vous m'en servirez l'intérêt à 5 °/₀; votre dette sera donc désormais de 22,050 fr. et l'intérêt de 1102 fr. 50 c. En procédant ainsi successivement, le capital de la dette se trouve doublé en quatorze ans environ. Les usuriers connaissent tous cette loi que beaucoup de débiteurs ignorent; elle fournit une arme puissante à leur coupable industrie; aussi de tout temps le législateur a-t-il proscrit ou tout au moins sévèrement restreint l'anatocisme. Dans l'ancien droit romain, l'anatocisme était permis pour les intérêts échus, *præteriti temporis,* mais prohibé pour les intérêts à échoir, *futuri temporis.* Supprimant cette distinction, Justinien prohiba l'anatocisme d'une manière absolue (l. 28, C., *De usuris,* IV, 32). Cette prohibition fut maintenue dans notre ancien droit français, où d'ailleurs elle n'avait de sens que dans les cas où le prêt à intérêt était exceptionnellement permis. Chose remarquable, elle ne fut pas levée par la législation intermédiaire, bien qu'elle autorisât le prêt à intérêt, sans même en limiter le taux.

Le code civil a cru devoir autoriser l'anatocisme en principe; mais il l'a restreint dans des limites assez étroites, à cause du danger de ruine dont il menace les débiteurs imprévoyants. Ces restrictions sont établies par l'art. 1154, ainsi conçu : « *Les intérêts échus des capitaux* » *peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par* » *une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans* » *la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année* » *entière* ».

Ainsi les intérêts peuvent produire des intérêts en vertu d'une convention ou d'une demande en justice. Voilà le principe : il est le même, on le voit, pour les intérêts que pour le capital. Voici maintenant les restrictions : il faut qu'il s'agisse, soit dans la convention, soit dans la demande : 1° d'intérêts échus; 2° d'intérêts dus au moins pour une année entière. Etudions successivement ces deux points.

904. Première restriction. Les intérêts des capitaux ne peuvent être rendus productifs d'intérêts, soit par une demande en justice, soit même par une convention, qu'autant qu'ils sont échus au moment de la demande ou de la convention.

C'est ainsi que doivent être interprétés ces mots de l'art. 1154 : « Les intérêts » échus des capitaux peuvent *produire* des intérêts [entendez : être *rendus productifs* » d'intérêts], ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale... ». La restriction que la loi indique par le mot *échus* n'aurait aucun sens, si elle signifiait seulement que les intérêts ne peuvent pas devenir productifs d'intérêts avant leur échéance, car cela était par trop évident.

En faisant un prêt d'argent pour un certain nombre d'années, le prêteur ne pourrait donc pas valablement stipuler par anticipation que chaque année les intérêts échus seront retenus par le débiteur, et joints au capital pour devenir comme lui productifs d'intérêts. Les emprunteurs accepteraient presque toujours une semblable proposition, qui est aussi menaçante pour l'avenir que séduisante dans le présent, car elle conduit le débiteur tout droit à sa ruine. La loi veut que chaque année le débiteur soit obligé d'ouvrir les yeux sur sa situation, qu'une convention spéciale ou une demande lui apprenne que sa dette grossit, grossit toujours, le force à aligner les chiffres et à s'arrêter enfin sur la pente fatale où il s'est engagé.

A ces raisons, qui paraissent péremptoires, on peut ajouter que la loi met la convention sur la même ligne que la demande judiciaire; or il est incontestable que, par une demande en justice, on ne pourrait pas rendre productifs d'intérêts des intérêts non encore échus; ce qui est vrai de la demande en justice doit l'être aussi de la convention. Ajoutons que notre législateur avait en face de lui une tradition séculaire, qui prohibait l'anatocisme d'une manière absolue, non seulement pour les intérêts à échoir, *futuri temporis,* mais aussi pour les intérêts échus, *præteriti temporis;* en levant la prohibition pour les intérêts *échus* seulement, n'est-il pas clair qu'il a voulu la maintenir pour les intérêts *à échoir?*

Et cependant la question est controversée. Il y a partage dans la doctrine, et la jurisprudence incline vers la solution contraire à celle que nous venons de développer. Nancy, 10 avril 1878, Sir., 79. 2. 132. A notre avis, c'est une de ces controverses qui devraient disparaître. Le texte de la loi est ici d'accord avec son esprit; alors comment se fait-il que l'on discute?

905. Deuxième restriction. Les intérêts échus ne peuvent être rendus productifs d'intérêts par demande ou par convention, qu'autant qu'ils sont dus *pour une année entière.* Ainsi je vous ai prêté 20,000 fr. avec intérêts à 5 °/₀ *payables tous les six mois,* stipulation qui est certainement valable. A l'échéance du premier semestre, je ne pourrai pas convenir avec vous que vous garderez les 500 fr. d'intérêts dont vous êtes débiteur, *et que vous m'en servirez l'intérêt à* 5 °/₀; je ne pourrai faire cette convention que lorsque vous me devrez une année d'intérêts.

On dit partout que cette disposition a pour but d'éviter le grossissement trop rapide du capital par la capitalisation des intérêts, et telle paraît en effet avoir été

la pensée qui a guidé le législateur. Mais nous croyons qu'il n'avait pas de tables de logarithmes sous la main, ou, s'il en avait, qu'il n'a pas su s'en servir. Qu'on en juge ! La capitalisation des intérêts, faite tous les ans au taux de 5 %, ainsi que la loi le permet, double le capital en quatorze ans environ, le chiffre exact est 14,21 ; la capitalisation, qui serait faite tous les mois au même taux, le doublerait en un nombre d'années représenté par 13,93, et celle faite toutes les semaines, toujours à 5 %, en un nombre d'années représenté par 13,78. Valait-il bien la peine, pour d'aussi faibles différences, de prohiber la capitalisation faite par périodes plus courtes qu'une année ? Une autre considération aurait pu porter le législateur à ne pas établir cette prohibition, c'est qu'en pratique, elle paraît facile à éluder. En effet le créancier, auquel il est dû des intérêts pour moins d'une année, pour six mois par exemple, pourrait certainement, aussitôt après avoir touché ces intérêts, les remettre au débiteur à titre de prêt, comme un nouveau capital produisant intérêt. Alors il pourra bien arriver que les parties, qui veulent arriver à la capitalisation de ces intérêts, simulent une double tradition ; et comme elles pourront répéter cette fraude indéfiniment à toutes les échéances, la prohibition de la loi deviendra ainsi lettre morte. De là certains auteurs ont conclu qu'une prohibition si facile à éluder, doit être considérée comme n'existant pas, et que par conséquent l'on peut par convention faire produire des intérêts à des intérêts dus pour moins d'une année. Mais cette thèse nous paraît insoutenable. De ce qu'une loi peut être plus ou moins facilement éludée, il n'en résulte certes pas que les citoyens soient dispensés de l'observer. Quand il sera démontré que les parties ont voulu arriver par une voie détournée à faire ce que la loi leur défend, leur convention sera nulle, voilà tout. Nous ajoutons que la plupart du temps le juge n'aura pas besoin de beaucoup de perspicacité pour saisir la fraude et la réprimer ; car elle sera ordinairement transparente.

Observons d'ailleurs que la loi parle d'*intérêts dus* POUR *une année entière*, et non DEPUIS *une année entière*. Les intérêts dus pour une année peuvent donc être immédiatement rendus productifs d'intérêts par convention ou par demande.

906. La règle établie par l'art. 1154 souffre plusieurs exceptions qu'indique l'art. 1155. Dans les divers cas prévus par ce texte, les intérêts *échus* peuvent être capitalisés, bien qu'ils soient dus pour moins d'une année entière, pour trois mois par exemple. « *Néanmoins les » revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes per- » pétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de » la convention. — La même règle s'applique aux restitutions de fruits, » et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débi- » teur* ». Dans toutes les hypothèses prévues par ce texte, le débiteur n'a pas de capital à rembourser, et il n'y avait pas à redouter pour lui par conséquent les dangers résultant de l'accumulation du capital et des intérêts.

Notre article excepte de la règle :

1° *Les fermages et loyers.* Le fermage est le prix de location d'un immeuble rural, le loyer, le prix de location d'un immeuble urbain, c'est-à-dire d'une maison ;

2° *Les arrérages de rentes perpétuelles ou viagères.* L'exception s'explique tout naturellement en ce qui concerne les arrérages des rentes viagères. On sait que ces arrérages représentent, non seulement les intérêts du capital de la constitution,

mais en outre une partie de ce capital lui-même, qui s'use ainsi petit à petit pour disparaître complètement à la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente est établie. On ne devait donc pas appliquer aux arrérages de la rente viagère, qui sont pour une forte partie la représentation d'un capital, une disposition qui n'a de raison d'être qu'en ce qui concerne les *intérêts* des capitaux. — Pour les rentes perpétuelles, l'exception s'explique principalement par cette considération, que les dispositions restrictives de l'anatocisme sont surtout à l'adresse des usuriers, et que ceux qui font commerce de l'usure n'aliènent guère leurs capitaux moyennant une rente ;

3° *Les restitutions de fruits.* Il s'agit du cas où un possesseur de mauvaise foi est condamné au paiement d'une somme d'argent représentative de la valeur des fruits qu'il a perçus (art. 549);

4° *Les intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur.* Ces intérêts constituent évidemment un *capital* pour celui qui les paie en acquit du débiteur; il faut donc leur appliquer les règles relatives aux capitaux, et non celles relatives aux intérêts des capitaux, c'est-à-dire qu'ils échappent à la disposition restrictive de l'art. 1154.

* **Observation.** — La règle établie par l'art. 1154 ne concerne que les *intérêts des capitaux;* elle ne comprend donc pas les fermages, loyers et restitutions de fruits, qui sont des revenus mais non des intérêts, ni les intérêts payés par un tiers en acquit du débiteur, qui sont par rapport à celui qui les a payés un *capital,* et il était par suite inutile de les excepter de la règle; car on n'excepte d'une règle que ce qu'elle comprend. L'exception au contraire était nécessaire en ce qui concerne les arrérages des rentes, qui constituent bien des *intérêts de capitaux,* au moins lorsque la rente a été établie moyennant un capital en argent, et qui par conséquent étaient compris dans la règle.

* **906** *bis.* Les revenus et les diverses prestations dont parle l'art. 1155 peuvent-ils être capitalisés par anticipation? En d'autres termes, les parties peuvent-elles convenir d'avance que ces divers revenus ou prestations porteront intérêt au fur et à mesure des échéances? La négative semble bien résulter du mot *échus* employé par l'art. 1155; ce mot fournit ici un argument *a contrario* tout à fait analogue à celui que nous en avons tiré dans l'art. 1154 (*supra* n. 904). Dans ce système, la dérogation indiquée par le mot *Néanmoins* de l'art. 1155 ne porterait que sur la seconde condition, exigée par l'art. 1154 pour que les intérêts puissent être rendus productifs d'intérêts, non sur la première. La solution contraire est plus généralement adoptée. Le mot *échus,* dit-on, s'est glissé par inadvertance dans l'art. 1155. Nous venons de dire que presque toutes les prestations indiquées par l'art. 1155 ne sont pas des intérêts; par conséquent le fait de rendre ces prestations productives d'intérêts ne peut pas constituer un anatocisme, puisque l'anatocisme est l'intérêt des intérêts. Concevrait-on qu'on appliquât une disposition restrictive de l'anatocisme à des cas où il n'y a pas anatocisme?

SECTION V

DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS

907. Les articles qui composent cette section ont été à peu près complètement copiés dans Pothier; aussi croyons-nous ne pouvoir mieux faire que de les éclairer à l'aide des exemples que donne le célèbre jurisconsulte (*traité des obligations,* n°s 91 et suivants).

Première règle. « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune* » *intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des* » *termes* » (art. 1156). *In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet... non quod scriptum sed quod gestum est.* L. L. 1 et 3 C., *Plus valere...*

Ainsi, dit Pothier, « vous teniez à loyer de moi un petit appartement dans une maison dont j'occupais le reste; je vous ai fait un nouveau bail dans ces termes : *J'ai donné à loyer à un tel* MA MAISON *pour tant d'années, pour le prix porté au précédent bail;* serez-vous fondé à prétendre que je vous ai loué toute ma maison? Non; car quoique ces termes *ma maison,* dans leur sens grammatical, signifient ma maison entière et non un simple appartement, néanmoins il est visible que notre intention n'a été que de renouveler le bail de l'appartement que vous teniez de moi, et cette intention dont on ne peut douter doit prévaloir aux termes du bail ».

En vertu du même principe, le juge chargé d'interpréter la convention n'est pas nécessairement lié par le nom que les parties lui ont donné. Il en est ainsi du moins, lorsque les clauses de la convention sont incompatibles avec la qualification que l'acte lui donne. Cass., 22 février 1887, Sir., 88. 1. 87.

DEUXIÈME RÈGLE. « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt » l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens » avec lequel elle n'en pourrait produire aucun* » (art. 1157).

Par exemple, s'il est dit à la fin d'un acte de partage : *il a été convenu entre Pierre et Paul que Paul pourrait passer sur* SES *héritages,* entendez *sur les héritages de Pierre,* autrement la clause n'aurait aucun effet.

De même un acte dont le caractère est douteux doit être interprété dans le sens qui permet de le considérer comme valable, plutôt que dans celui où il serait nul. *Interpretandus est actus potius ut valeat quam ut pereat.* La cour de Rennes a fait application de ce principe au cas d'un acte entièrement écrit, daté et signé de la main du disposant, et ainsi conçu : « Je fais don à ma femme de tout ce que je possède en propriété; qu'elle en fasse ce qu'elle voudra ». La cour a validé l'acte en le considérant comme un testament. Elle aurait dû le déclarer nul au contraire, si elle l'avait considéré comme une donation entre vifs. Arg. art. 931. Rennes, 22 juin 1881, Sir., 84. 2. 18.

TROISIÈME RÈGLE « *Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le » sens qui convient le plus à la matière du contrat* » (art. 1158).

Si, par exemple, je vous loue pour neuf années ma maison moyennant 1,000 fr., on devra considérer que ce n'est pas une somme de 1,000 fr. une fois payée, mais 1,000 fr. par an que nous avons entendu stipuler ; car il est de la nature du contrat de louage que le prix consiste dans une somme annuelle.

QUATRIÈME RÈGLE. « *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le » pays où le contrat est passé* » (art. 1159).

Ainsi je fais marché avec un vigneron pour qu'il cultive ma vigne moyennant une certaine somme, sans expliquer le nombre de labours qu'il devra donner; nous sommés censés être convenus qu'il donnera le nombre de labours qu'on a coutume de donner dans le pays.

CINQUIÈME RÈGLE. « *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage » quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* » (art. 1160). *In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.* Cpr. *supra* n. 862.

SIXIÈME RÈGLE. « *Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les » autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* » (art. 1161).

SEPTIÈME RÈGLE. « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a sti- » pulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* » (art. 1162).

En général, dans les contrats, chaque clause est dictée par celui qui y joue le rôle de stipulant; s'il ne s'est pas expliqué clairement, il est naturel d'interpréter contre lui le doute que peut présenter la clause, *legem potuit apertius dicere.* On trouve une application de ce principe dans l'art. 1247 *in fine.*

HUITIÈME RÈGLE. « *Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une con-*

» *vention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les* » *parties se sont proposé de contracter* » (art. 1163).

« Par exemple, dit Pothier, si un légataire a composé avec l'héritier à une somme pour ses droits résultant du testament du défunt, il ne sera pas exclu de la demande d'un autre legs à lui fait par un codicille qui n'a paru que depuis la transaction ».

Neuvième règle. « *Lorsque, dans un contrat, on a exprimé un cas pour l'explica-* » *tion de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que* » *l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés* » (art. 1164).

Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædunt. Ainsi, d'après l'art. 1401, tout le mobilier présent et à venir des époux tombe dans la communauté; de ce que, dans un contrat de mariage, on stipule que le mobilier des successions qui écherront aux futurs entrera dans la communauté, il ne suit nullement que tout autre mobilier en sera exclu.

SECTION VI

DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS

I. *Principe.*

908. Les conventions tirent leur force obligatoire du consentement des parties; il est donc tout simple qu'elles n'aient d'effet qu'entre ceux qui ont consenti. C'est ce que dit un vieil adage : *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.* L'art. 1165 n'en est guère que la reproduction : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties* » *contractantes; elle ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent* » *que dans le cas prévu par l'article* 1121 ». Cpr. Paris, 4 avril 1884, Sir., 84. 2. 90.

D'une manière générale, il faut entendre ici par *tiers* toute personne qui n'a pas participé à la convention et qui n'y a pas été valablement représentée. Ainsi le mandant n'est point un tiers par rapport à la convention dans laquelle il a été représenté par son mandataire, *qui mandat ipse fecisse videtur,* ni le maître par rapport à la convention où le gérant d'affaires a parlé en son nom. De même, les ayant cause universels des parties contractantes, héritiers, donataires ou légataires universels, créanciers chirographaires, ne sont pas des tiers quant aux conventions dans lesquelles a figuré leur auteur. En ce qui regarde les ayant cause à titre particulier des parties, tels qu'acheteurs, donataires, nous avons vu plus haut sous l'art. 1122 que les conventions, faites par leur auteur antérieurement à l'époque où ils ont traité avec lui, produisent effet par rapport à eux, lorsqu'elles sont relatives à la chose qui leur a été transmise et qu'elles ont augmenté ou diminué le droit de l'auteur sur cette chose (*supra* n. 829). Ainsi l'acheteur d'un immeuble peut invoquer la convention par laquelle son vendeur a stipulé une servitude au profit de cet immeuble, de même qu'on peut invoquer contre lui la convention par laquelle ce même vendeur l'a grevé d'une servitude antérieurement à la vente; le tout sauf la ques-

tion de transcription. Par rapport à toutes autres conventions faites par leur auteur, les ayant cause à titre particulier sont des tiers.

La règle, que les conventions ne nuisent point aux tiers, souffre une exception remarquable au cas de concordat. Dans cette convention, qui accorde le plus souvent au failli la remise d'une partie de ses dettes, la volonté de la majorité des créanciers peut être imposée à la minorité. Voyez art. 507 et 516 C. co. La convention peut donc être obligatoire pour des créanciers qui n'y ont aucunement figuré, et même pour des créanciers qui s'y sont opposé.

A son tour, la règle, que les conventions ne profitent pas aux tiers, souffre exception, dit notre texte, *dans le cas prévu par l'art.* 1121. Rappelons ses termes : « On » peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une » stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un » autre... ». Et toutefois il n'est peut-être pas très exact de dire en pareil cas que la convention profite à un tiers; car il y a seulement, comme nous l'avons vu, une pollicitation en faveur du tiers, qui ne fera naître de droit à son profit que lorsqu'il l'aura acceptée, auquel cas il devient partie, et qui jusque-là peut être rétractée.

En outre, le législateur paraît nous présenter les dispositions des art. 1166 et 1167 comme établissant une double exception à la règle posée par l'art. 1165. Argument du mot *Néanmoins* de l'art. 1166 et du mot *aussi* de l'art. 1167. Mais la vérité est que ces deux dispositions contiennent plutôt un développement du principe qu'une exception à ce principe. Que font en effet les créanciers qui exercent l'action indirecte de l'art. 1166? Ils se prévalent d'une convention dans laquelle leur débiteur a figuré : ce qui n'est qu'une application de la règle que les conventions profitent aux ayant cause universels des parties contractantes. A leur tour, que font les créanciers qui exercent l'action de l'art. 1167 (action paulienne)? Ils attaquent une convention frauduleuse faite par leur débiteur; ils soutiennent qu'ils n'ont pas été représentés par lui dans cette convention, car on ne peut pas dire qu'un débiteur représente ses créanciers, quand il agit en fraude de leurs droits; ils réclament donc la qualité de *tiers,* à raison de la fraude commise par le débiteur, et ils agissent précisément en vertu du principe que les conventions ne nuisent point aux tiers.

II. *Du droit qui appartient aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur.*

909. Ce droit est consacré par l'art. 1166, ainsi conçu : « *Néanmoins* » *les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débi-* » *teur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la per-* » *sonne* ».

Tous les biens d'un débiteur sont affectés d'une manière générale au paiement de ses dettes; ils servent, comme le dit l'art. 2093, de *gage commun* à ses créanciers, qui peuvent les saisir et les faire vendre pour se payer sur le prix. Or, parmi les biens du débiteur, figurent les droits et actions qui lui appartiennent; ces droits et actions sont donc compris dans le gage de ses créanciers. Mais ce n'est pas l'action elle-même que les créanciers saisiront et feront vendre pour se payer sur le prix, c'est le bien que son exercice fera entrer dans le patrimoine du débiteur. Il faut donc commencer par *réaliser* l'action,

si l'on peut ainsi parler, c'est-à-dire par l'exercer, afin d'atteindre ensuite le bien qu'elle aura fait obtenir. Or il peut arriver que le débiteur néglige ou refuse d'agir. Cela se conçoit facilement de la part d'un débiteur dont le passif excède l'actif. Affaissé et découragé, il se dira souvent : « A quoi bon me donner la peine d'exercer les actions qui m'appartiennent, puisque le profit en sera absorbé par mes créanciers? Qu'ils agissent eux-mêmes ». Eh bien ! précisément la loi leur permet d'agir et de triompher de l'inertie du débiteur : ils exerceront l'action à sa place, en vue de se faire payer sur le prix des biens qu'elle permettra de conquérir. Ainsi le débiteur a une action en dommages et intérêts contre un tiers; ou encore il peut acquérir les biens dépendant d'une succession, à laquelle il est appelé comme héritier légitime, en faisant annuler le testament par lequel le défunt l'a dépouillé; ou enfin il peut, en exerçant une action de *réméré*, reprendre un immeuble qu'il a aliéné pour un prix de beaucoup inférieur à sa valeur. Ses créanciers seront fondés à exercer ces diverses actions en son lieu et place, s'il néglige d'agir lui-même.

Telle est l'action de l'art. 1166 ; on l'appelle quelquefois *indirecte*, parce que les créanciers n'agissent pas directement en leur nom personnel, mais au nom de leur débiteur, *nomine debitoris*. Nous verrons au contraire que, lorsqu'ils exercent l'action paulienne, ils agissent en leur nom personnel.

1. *Conditions requises pour l'exercice de l'action indirecte.*

910. En négligeant d'entrer dans aucune explication sur ce point, le législateur a fait naître des difficultés graves. Nous croyons que la considération suivante peut beaucoup aider à les résoudre : l'exercice par un créancier, agissant en vertu de l'art. 1166, d'une action qui appartient à son débiteur, est plus qu'un acte conservatoire et moins qu'un acte d'exécution. — C'est plus qu'un acte conservatoire : car les actes conservatoires supposent, ainsi que leur nom lui-même l'indique, le maintien du *statu quo;* ils excluent toute idée de transformation; or l'exercice d'une action appartenant au débiteur amène un changement dans son patrimoine, puisqu'il substitue une valeur réalisée à une valeur réalisable. — C'est moins qu'un acte d'exécution : car le créancier ne met encore la main sur aucun bien de son débiteur, il travaille seulement à faire entrer un bien dans le patrimoine de celui-ci pour le saisir ensuite; l'action qu'il exerce est voisine de l'exécution, elle en est un préliminaire, mais elle n'est pas un acte d'exécution.

De là nous tirerons plusieurs déductions :

1° Le créancier, dont la créance est exigible, peut seul exercer l'action indirecte de l'art. 1166. Celui dont la créance est à terme ne le pourrait pas avant l'échéance du terme, ni à plus forte raison celui dont la créance est conditionnelle, avant la réalisation de la condition. L'un et l'autre peuvent bien accomplir des actes conservatoires (art. 1180), mais non des actes d'exécution, ni par conséquent des actes qui la préparent.

2° Il n'est pas nécessaire que le créancier, pour agir en vertu de l'art. 1166, ait un titre exécutoire ; car il n'accomplit pas encore un acte d'exécution, mais seulement un acte préliminaire de l'exécution ; or c'est pour l'exécution seulement que la loi exige un titre exécutoire.

Mais ne faut-il pas tout au moins que le créancier se fasse subroger judiciairement dans l'action qu'il prétend intenter au lieu et place du débiteur ? L'affirmative est admise par un parti fort important dans la doctrine. Un créancier, dit-on, ne peut pas de sa propre autorité s'emparer d'un bien appartenant à son débiteur; ce serait *une voie de fait, une invasion illicite dans les droits du débiteur.* — Laissons de côté ces mots pompeux. Le créancier ne s'empare d'aucun bien appartenant à son débiteur; il exerce seulement une action en vue de faire entrer un bien dans son patrimoine, et, si l'action réussit, il agira suivant les règles du droit commun pour obtenir son paiement sur le prix de ce bien. Les créanciers sont autorisés par la loi (art. 1166) à agir au lieu et place du débiteur, ils n'ont pas besoin de l'être par le juge. D'ailleurs la mission du juge n'est pas de donner des autorisations; il n'a ce droit que quand la loi le lui confère par une disposition formelle — La jurisprudence de la cour de cassation paraît fixée dans ce sens, et nous croyons qu'il y a lieu de l'encourager à persévérer dans cette voie : c'est ajouter à la loi que d'exiger une autorisation judiciaire pour l'exercice d'un droit qu'elle accorde sans condition aucune.

La cour de cassation juge aussi, et en cela elle est conséquente avec elle-même, que l'exercice par un créancier d'une action appartenant à son débiteur n'a pas pour résultat d'exproprier celui-ci du droit que l'action met en mouvement; il en conserve donc la libre disposition. D'où il résulte notamment que le créancier agissant est obligé de respecter tous les actes faits sans fraude par le débiteur, et notamment la transaction par laquelle il aurait mis fin à l'action intentée.

911. Il va de soi qu'un créancier ne peut exercer une action du chef de son débiteur qu'autant que celui-ci refuse, ou tout au moins néglige de l'exercer; car on ne peut agir au nom d'une personne qu'autant qu'elle n'agit pas elle-même; et d'ailleurs l'action des créanciers n'a plus de raison d'être, lorsque le débiteur agit. Mais il n'est pas nécessaire à notre avis que le créancier mette préalablement le débiteur en demeure d'agir, nulle loi ne l'exige; sauf le droit pour celui contre qui l'action est exercée par le créancier de demander la mise en cause du débiteur, afin que le jugement à intervenir ait l'autorité de la chose jugée par rapport à lui. Dans la pratique, le débiteur sera presque toujours mis en cause, soit à la requête du créancier demandeur à l'action, soit à la requête du tiers contre qui elle est exercée. C'est là une mesure de prudence, dont l'omission pourrait faire naître des complications d'une extrême gravité. La nature de cet ouvrage ne nous permet pas de les étudier; aussi, dans la suite de nos explications sur cette matière, supposerons-nous toujours que le débiteur a été mis en cause.

2. *Effets de l'action intentée par les créanciers du chef de leur débiteur.*

912. Les créanciers, qui usent du droit que leur confère l'art. 1166, agissent au nom du débiteur; c'est son action qu'ils exercent, et par suite le produit de cette action, c'est-à-dire les biens qu'elle fait obtenir, tombent dans le patrimoine du débiteur; ils deviennent par conséquent le gage de tous ses créanciers, et le prix en doit être réparti entre eux d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire par contribution, à moins qu'il n'existe au profit de quelques-uns des causes légitimes de préférence (art. 2093). Le créancier, qui a exercé l'action, n'a donc pas un droit exclusif à son produit, à moins que la loi n'ait décidé le contraire.

3. *Exception relative aux droits personnels.*

913. Après avoir établi dans les termes les plus généraux le principe que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, l'art. 1166 y apporte une restriction fort importante par ces mots : *à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.*

Ce n'est pas chose facile que de préciser les limites de cette exception, qui, comprenant une infinité de cas, a été conçue à dessein dans des termes très larges et par cela même un peu vagues. Tâchons cependant de circonscrire son domaine.

Dans ce but, nous remarquerons d'abord, et ce premier point n'est susceptible d'aucun doute, que, le droit conféré aux créanciers par l'art. 1166 n'étant qu'un auxiliaire du droit qui leur appartient de se faire payer sur le prix des biens appartenant à leur débiteur, tous les droits qui ne sont pas susceptibles de se traduire en un profit pécuniaire doivent échapper nécessairement à l'action des créanciers. Le caractère de personnalité de ces droits éclate avec une telle évidence qu'il est inutile d'insister. Quel est donc le créancier qui songerait à exercer du chef de son débiteur le droit de correction appartenant à celui-ci sur la personne de ses enfants, ou le droit que la loi lui accorde de consentir à leur mariage, à leur adoption, à leur émancipation...?

Quant aux droits dont l'exercice peut procurer un profit pécuniaire, il faut distinguer quel est leur fondement.

a. Le droit est-il fondé sur un intérêt *purement moral?* on devra le considérer comme exclusivement attaché à la personne. Il en est ainsi notamment du droit de demander le divorce ou la séparation de corps, du droit d'exercer le retrait successoral (art. 841), de celui d'intenter une action en désaveu de paternité, une action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, ou une action en dommages et intérêts pour crimes ou délits contre la personne.

b. Quant aux droits fondés sur un intérêt *exclusivement pécuniaire,* comme le droit d'exercer une action en *réméré,* une action en rescision pour cause de lésion..., en règle générale l'exercice en appartiendra aux créanciers, à moins qu'un texte ne le leur refuse, ainsi qu'on en voit un exemple pour le droit qui appartient à la femme de demander la séparation de biens (art. 1446). La séparation de biens a pour but unique de sauvegarder la dot de la femme, mise en péril par la mauvaise administration du mari, elle est fondée par conséquent sur un intérêt exclusivement pécuniaire, et cependant la loi ne permet pas aux créanciers de la femme d'exercer ce droit de son chef, parce que son exercice est de nature à compromettre la bonne harmonie entre les époux, qui, aux yeux de la loi, est un intérêt supérieur à celui des créanciers.

Il reste les droits *mixtes,* ceux qui ont leur fondement dans un intérêt moral et dans un intérêt pécuniaire tout à la fois. Il faudra voir en pareil cas quel est celui des deux fondements du droit qui domine : si c'est le fondement moral, le droit devra être considéré comme exclusivement attaché à la personne; la solution contraire devra être admise, si c'est le fondement pécuniaire.

Ainsi le droit, pour celui qui a contracté sous l'empire du dol, de demander la nullité du contrat, est fondé sur un intérêt pécuniaire et sur un intérêt moral tout à la fois; la loi, en accordant cette action, a voulu d'abord procurer à la victime du dol la réparation du préjudice que le contrat lui cause, puis punir l'auteur du dol. Mais il paraît difficile de contester que le côté pécuniaire de l'action l'emporte ici sur le côté moral; le but principal, que s'est proposé le législateur en accordant cette action, n'a pas été de punir l'auteur du dol, mais de procurer à celui qui en a été victime la réparation du préjudice qu'il a éprouvé. L'action pourra donc être exercée par les créanciers de celui à qui elle appartient. Il y a toutefois controverse sur ce point. Nous en dirions autant de l'action en nullité fondée sur la violence, et à plus forte raison de celles fondées sur l'erreur ou sur la lésion.

914. La distinction que nous venons d'établir est formulée d'une tout autre manière par les auteurs; ils envisagent ici les droits au point de vue de leur *objet,* du *résultat* qu'ils produisent, et les distinguent ainsi en droits purement moraux, droits purement pécuniaires et droits moraux et pécuniaires tout à la fois. Nous envisageons au contraire les divers droits au point de vue de leur cause, de leur fondement : ce qui est tout à fait différent. Ainsi, en considérant le retrait successoral quant à son résultat, on dira que c'est un droit moral et pécuniaire tout à la fois; car en l'exerçant on arrive : 1° à exclure du partage un étranger dont la présence rendrait difficile la conclusion de cette opération : c'est le côté moral du droit; 2° à profiter de la part à laquelle avait droit le cessionnaire évincé : c'est le côté pécuniaire. Nous disons au contraire, envisageant le retrait successoral uniquement quant à son fondement, quant à la cause qui l'a fait établir, que c'est un droit exclusivement *moral;* car le législateur s'est proposé pour but unique, en l'établissant, d'assurer la paix dans les opérations du partage. — Lorsqu'il s'agit d'apprécier la personnalité d'un droit, il nous paraît beaucoup plus rationnel de l'envisager d'après son fondement que d'après son résultat.

Observons en terminant que tout droit incessible et insaisissable est par cela seul exclusivement attaché à la personne. On sera donc dispensé d'examiner ici le fondement du droit : il échappe nécessairement à l'action des créanciers, parce qu'il échappe à leur droit de gage. Il en est ainsi notamment des droits d'usage et d'habitation (arg. art. 631 et 634), du droit de la veuve à ses vêtements de deuil (art. 1481 et 1495), du droit de demander des aliments. Cpr. C. pr. art. 581.

III. *De l'action paulienne ou révocatoire.*

915. Aux termes de l'art. 2093 : « Les biens du débiteur sont le » gage commun de ses créanciers...» : ce qui signifie que les biens, qui composent le patrimoine d'un débiteur, répondent d'une manière générale du paiement de toutes ses dettes, qu'ils sont affectés en

bloc à tous et à chacun de ses créanciers. Diverses fluctuations peuvent se produire dans le patrimoine du débiteur; elles profiteront ou nuiront à ses créanciers. Le débiteur acquiert-il un bien? l'importance du gage commun se trouve augmentée d'autant. Consent-il une aliénation? ses créanciers en subissent le contre-coup. Qu'ils ne se plaignent pas! en négligeant de stipuler de leur débiteur des sûretés spéciales, ils lui ont témoigné une confiance entière, absolue, ils ont cru en lui, *crediderunt* (d'où le nom de *creditor,* créancier); ils ont donc ratifié d'avance tous les actes qu'il pourrait accomplir, et ils ne saurait par suite venir les critiquer. Mais cela suppose que le débiteur agit de bonne foi. En traitant avec lui, ses créanciers ont pu consentir, sans exiger de sûretés particulières, à lui laisser le droit de gouverner son patrimoine avec une entière indépendance, s'exposant ainsi à subir les conséquences des spéculations malheureuses ou fausses, dans lesquelles il pourrait s'engager; mais ils n'ont certes pas entendu l'autoriser à conspirer contre eux. Ils ont *suivi sa foi, fidem ejus secuti sunt;* mais par cela même ils ont entendu échapper aux conséquences de sa mauvaise foi. Si donc le débiteur a agi en fraude des droits de ses créanciers, il ne pourra plus être considéré comme les ayant représentés; représente-t-on celui que l'on trahit? Les créanciers deviennent alors des tiers par rapport à l'acte frauduleux, et ils peuvent en faire prononcer la nullité. Il est trop juste que le débiteur ne puisse pas compromettre par des aliénations ou autres actes frauduleux le droit de gage général, qu'il a conféré à ses créanciers sur tous ses biens en s'obligeant. C'est ce que dit en substance l'art. 1167 al. 1, ainsi conçu : « *Ils* [*les créanciers*] *peuvent aussi, en leur nom per-* » *sonnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs* » *droits* ».

Ainsi un débiteur, dont le passif égale l'actif, mais qui ne tient nullement à payer ses créanciers, ou qui peut-être tient à ne pas les payer, fait donation d'un immeuble à un ami, ou bien il dote richement sa fille : il en coûte si peu d'être généreux aux dépens d'autrui! Les créanciers victimes de cette fraude pourront s'adresser à la justice et faire annuler la donation, afin d'obtenir leur paiement sur les biens donnés. L'action, que la loi leur accorde à cet effet, est connue dans la doctrine sous le nom d'action *révocatoire.* On l'appelle fréquemment aussi action *paulienne,* du nom du préteur romain qui l'introduisit le premier dans l'édit (1). Un titre entier du digeste lui est consacré, le titre 8 du livre XLII. Notre législateur s'est borné à en poser le principe en trois

(1) Voyez la loi 38 § 4., D., *De usur. et fruct.*, XXII 1, seul texte du droit romain où notre action soit désignée sous la dénomination de *pavliana actio.*

lignes, ce qu'on ne peut expliquer qu'en lui prêtant l'intention de se référer à la tradition; cette matière est donc toute traditionnelle.

Les créanciers qui intentent l'action paulienne agissent *en leur nom personnel* (art. 1167). Ils soutiennent en effet qu'ils n'ont pas été représentés par leur débiteur; ils revendiquent la qualité de tiers quant à l'acte frauduleux accompli par celui-ci, et c'est à ce titre qu'ils l'attaquent : au contraire dans le cas de l'art. 1166 les créanciers agissent *au nom du débiteur.*

1. *Conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne.*

916. Les conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action paulienne sont au nombre de deux : le préjudice, *eventus damni,* et la fraude, *consilium fraudis.*

917. Première condition. Il faut que l'acte accompli par le débiteur ait causé préjudice aux créanciers qui l'attaquent. La loi ne le dit pas expressément, car elle ne parle que de la fraude; mais elle le sous-entend. L'idée de préjudice est ici contenue dans celle de fraude : évidemment la loi veut parler d'une fraude préjudiciable aux créanciers; car autrement on ne comprendrait pas de quel droit ils viendraient s'en plaindre et en demander la réparation.

L'acte, accompli en fraude des droits des créanciers, ne leur porte préjudice que lorsqu'il a fait naître ou augmenté l'insolvabilité du débiteur. Pour que l'action paulienne réussisse, il faut donc qu'il soit établi, d'une part, que le débiteur est insolvable, et d'autre part, que son insolvabilité résulte, au moins en partie, de l'acte attaqué. Double preuve qui est à la charge du créancier demandeur dans l'action paulienne, conformément à la règle *Actori incumbit probatio.* La preuve de l'insolvabilité du débiteur se fera en le discutant dans ses biens.

L'action paulienne est donc une action subsidiaire; un créancier ne peut y avoir recours que lorsqu'il lui est impossible d'obtenir son paiement par un autre moyen. Ainsi un débiteur qui a 100,000 fr. de dettes et qui croit n'avoir que 100,000 fr. de biens, aliène un immeuble en fraude des droits de ses créanciers; mais ce débiteur est moins pauvre qu'il ne le pense; au moment où il fait l'aliénation, une succession opulente vient de lui échoir à son insu, et il l'accepte plus tard; le voilà riche, de ruiné qu'il était! Les créanciers ne pourront pas attaquer l'aliénation par l'action paulienne; elle a bien été faite en fraude de leurs droits, mais elle ne leur cause pas préjudice.

A la condition du préjudice se rattache une question fort délicate. En droit romain, les créanciers ne pouvaient attaquer par l'action paulienne que les actes par lesquels le débiteur avait diminué son patrimoine; il n'y avait donc pas lieu à cette action lorsque le débiteur avait seulement négligé de s'enrichir. *Pertinet edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur,* dit la loi 6 *pr.,* D. *Quæ in fr. cr.* XLII, 8. En est-il de même encore dans notre droit actuel? C'est notre sentiment. On trouve, il est vrai, dans le code civil un certain nombre d'arti-

cles qui semblent impliquer un abandon du principe traditionnel, notamment l'art. 788 duquel il résulte que les créanciers peuvent attaquer la renonciation, faite par leur débiteur en fraude de leurs droits, à une succession qui lui est échue; le droit romain n'autorisait pas l'action paulienne dans ce cas (l. 6 § 2, D., *hoc tit.*). Mais l'induction tirée de l'art. 788 s'évanouit à peu près complètement, si l'on considère que la renonciation à succession a chez nous un tout autre caractère qu'à Rome. En droit romain, l'héritier qui répudie une hérédité *néglige seulement d'acquérir,* car c'est l'adition de l'hérédité qui fait entrer dans son patrimoine les biens dont elle se compose ; *noluit acquirere, non suum patrimonium deminuit,* dit la l. 6 § 2, D., *hoc. tit.;* l'action paulienne devait donc être refusée dans ce cas. D'après le code civil, au contraire, l'héritier qui répudie une succession *diminue son patrimoine,* car il était propriétaire des biens de cette succession en vertu des seules dispositions de la loi (art. 711); la répudiation devait donc tomber sous le coup de l'action paulienne. On voit comment, en adoptant le même point de départ, les deux législations ont pu arriver à des solutions opposées sur la question qui nous préoccupe : les principes de l'action paulienne sont restés les mêmes, ce sont les principes de l'acquisition par succession qui ont changé. — Ce que nous venons de dire de la répudiation d'une succession, l'art. 1464 le dit de la renonciation à une communauté, et une solution semblable devrait être admise pour le cas de renonciation à un legs ; car le légataire devient de plein droit propriétaire de la chose léguée, dès que son droit est ouvert et indépendamment de toute acceptation (arg. art. 1014); il diminue donc son patrimoine en répudiant le legs. Mais nous en dirions autrement de la renonciation à une donation entre vifs ou plutôt du refus que ferait le donataire de l'accepter : en agissant ainsi, le débiteur ne diminue pas son patrimoine, car il ne peut devenir propriétaire du bien donné que par l'acceptation; il néglige seulement d'acquérir, et par suite, d'après le principe traditionnel, l'action paulienne ne saurait être admise. Comment d'ailleurs les créanciers pourraient-ils avoir action sur un bien dont leur débiteur n'a jamais été propriétaire ? Comment peuvent-ils rationnellement prétendre que le débiteur a frauduleusement diminué leur gage en négligeant de faire une acquisition? Et puis l'action paulienne est une action *révocatoire;* elle suppose donc un acte positif accompli par le débiteur. Qu'est-ce que les créanciers feront révoquer dans l'espèce proposée ? l'inaction de leur débiteur qui n'a pas voulu accepter ?

918. Deuxième condition, *fraude du débiteur, consilium fraudandi ex parte debitoris.* La fraude consiste ici dans le seul fait, de la part du débiteur, d'avoir causé sciemment et volontairement à ses créanciers le préjudice dont ils se plaignent. En d'autres termes, il y a fraude du débiteur, par cela seul qu'il connaissait le véritable état de ses affaires, au moment où il a accompli l'acte préjudiciable à ses créanciers; il les lèse ainsi le sachant et par suite le voulant. Tel est ici le sens traditionnel du mot *fraude.*

Par où l'on voit que la fraude paulienne diffère grandement du dol, en ce sens qu'elle ne suppose pas comme celui-ci l'emploi de manœuvres dolosives. Il n'est même pas nécessaire que le débiteur ait agi dans l'intention de nuire à ses créanciers, il suffit qu'il ait eu conscience du préjudice qu'il leur causait; par cela seul il manque à la bonne foi qui doit présider à l'exécution des engagements.

La condition de la fraude du débiteur est toujours nécessaire pour le succès de

l'action paulienne, car la loi l'exige en termes absolus (art. 1167); elle doit donc exister, même lorsque l'acte attaqué par les créanciers est un acte à titre gratuit, une donation par exemple. Le débiteur, conservant la libre disposition de ses biens, a le droit de donner valablement aussi bien que de vendre, pourvu qu'il agisse de bonne foi. Plusieurs textes, il est vrai, notamment les art. 622 et 788, faisant des applications particulières du principe de l'art. 1167 à des actes par lesquels le débiteur se dépouille sans recevoir aucune compensation, semblent n'exiger que la condition du préjudice. « Les créanciers de l'usufruitier », dit l'art. 622, « peuvent faire annuler la renonciation *qu'il aurait faite à leur préjudice* ». Même langage ou à peu près dans l'art. 788. — Mais d'abord les mots « la renonciation *qu'il aurait faite à leur préjudice* » peuvent très bien s'entendre comme signifiant : « la renonciation que le débiteur aurait faite *en vue de préjudicier à ses créanciers, in præjudicium* » : ce qui reviendrait à dire que la renonciation doit être frauduleuse. D'un autre côté, les art. 622 et 788 ont été décrétés avant l'art. 1167, et il est possible que le législateur n'ait pas voulu préjuger dans ces articles, où il faisait une application anticipée de l'action paulienne, la question de savoir si la fraude serait requise pour que cette action pût réussir; le mot *préjudice* ayant l'avantage d'être très élastique et de laisser la question indécise, on a pu le préférer pour ce motif au mot *fraude*. Ce qui donne un grand crédit à cette supposition, c'est que l'art. 1464, qui a été décrété postérieurement à l'art. 1167 et qui statue sur une hypothèse très analogue, pour ne pas dire identique, à celle de l'art. 788 (il s'agit de la renonciation à communauté), exige positivement la fraude. Ainsi donc, voilà deux textes qui font une application particulière de l'action paulienne, le premier à la renonciation à succession (art. 788), le deuxième à la renonciation à communauté (art. 1464), deux matières qui ont toujours été régies par les mêmes règles. Or, tandis que le premier paraît seulement exiger que la renonciation soit préjudiciable aux créanciers, le deuxième exige positivement qu'elle soit faite en fraude de leurs droits. De cette différence on ne voit guère d'autre explication rationnelle que celle-ci : c'est que, dans l'art. 788, le législateur fait l'application d'un principe à établir, et il mesure ses expressions, afin de ne rien préjuger quant aux conditions générales requises pour l'application du principe; tandis que, dans l'art. 1464, il ne craint plus de se compromettre, parce qu'il fait l'application d'un principe déjà établi. Il faut donc suppléer dans l'art. 788 la condition de fraude, exprimée positivement dans l'art. 1464. Ces deux textes, se rattachant au même principe, doivent recevoir la même interprétation. — En tout cas, comme le remarque fort justement M. Colmet de Santerre, s'il fallait admettre que, dans les hypothèses prévues par les art. 622 et 788, la condition de fraude ne doit pas être suppléée, la disposition de ces articles constituerait une exception aux règles du droit commun et devrait à ce titre recevoir l'interprétation restrictive; par suite, ces textes étant relatifs à l'hypothèse d'une renonciation, acte unilatéral, leur disposition ne devrait pas être étendue à la donation, acte bilatéral, produit de deux volontés.

919. L'action paulienne réussira-t-elle contre un tiers de bonne foi? En d'autres termes, la fraude du débiteur suffit-elle pour le succès de l'action paulienne, ou bien faut-il en outre que celui avec qui le débiteur a traité et contre lequel l'action doit réfléchir soit lui-même de mauvaise foi, qu'il ait participé à la fraude commise par le débiteur, ou tout au moins qu'il en ait eu connaissance; faut-il qu'il soit *conscius fraudis?* La question doit se résoudre par une distinction traditionnelle, dont on trouve la source dans la loi romaine (l. 1, l. 6 §§ 8 et 12, l. 10, D., *hoc tit.*).

a. Le tiers qui a traité avec le débiteur est-il un acquéreur à titre onéreux? L'action paulienne ne réussira contre lui qu'autant qu'il aura participé à la fraude. Ainsi le débiteur a vendu un immeuble à un acheteur qui en a payé le prix comptant. L'acheteur a-t-il su, au moment du contrat, que le débiteur se proposait pour but de soustraire ce prix à ses créanciers? ceux-ci pourront faire rescinder la vente par l'action paulienne et évincer l'acheteur. Ils ne le pourront pas au contraire, si l'on suppose que l'acheteur a été de bonne foi.

b. Celui qui a traité avec le débiteur est-il un acquéreur à titre gratuit? plus généralement le tiers, auquel a profité l'acte accompli par le débiteur en fraude de ses créanciers, a-t-il réalisé ce profit gratuitement? La fraude du débiteur suffira pour le succès de l'action paulienne; la complicité du tiers ne sera pas nécessaire. Ainsi l'action paulienne réussira contre un donataire, alors même qu'il serait de bonne foi.

Cette distinction, qui trouverait au besoin un point d'appui très résistant dans les art. 446 et 447 C. co., peut se justifier en outre par les considérations suivantes. Les créanciers qui intentent l'action paulienne demandent la réparation d'un préjudice, *certant de damno vitando.* Si leurs traits sont à l'adresse d'un acquéreur à titre onéreux, ils luttent contre un adversaire dont la situation est équivalente à la leur, en ce sens que lui aussi *certat de damno vitando;* car, s'il succombe, il sera en perte, puisqu'il a fourni l'équivalent du bien dont on prétend le dépouiller. Les deux parties adverses sont donc *in pari causa.* L'adage *In pari causa possessor potior haberi debet* doit faire donner la preference à l'acquéreur; à moins cependant qu'il ne soit de mauvaise foi, car alors il ne mérite plus la protection de la loi. Autre est le cas où les créanciers trouvent en face d'eux un acquéreur à titre gratuit, ou plus généralement un tiers qui n'a pas fourni la contre-valeur de l'avantage dont on prétend le priver à l'aide de l'action paulienne. Celui-là *certat de lucro captando;* sa défaite aura pour résultat, non pas de lui faire subir une perte, mais seulement de le priver d'un gain. Entre deux adversaires dont l'un (le créancier) *certat de damno vitando,* tandis que l'autre (le tiers) *certat de lucro captando,* la loi n'hésite pas : elle donne la préférence au premier, le second fût-il de bonne foi; son droit est plus sacré.

920. L'action paulienne peut-elle atteindre un sous-acquéreur? Deux hypothèses doivent être distinguées :

a. Le premier acquéreur, celui qui a traité directement avec le débiteur, n'était pas passible de l'action paulienne. Ainsi le débiteur a vendu un immeuble en fraude des droits de ses créanciers à quelqu'un qui ignorait cette fraude; l'acheteur devenant en ce cas propriétaire incommutable, il est clair que les sous-acquéreurs, auxquels il transmettra lui-même la propriété du bien, ne pourront pas être inquiétés.

b. Le premier acquéreur était passible de l'action paulienne. On admet généralement, tant en doctrine qu'en jurisprudence, qu'il y a lieu d'appliquer alors aux sous-acquéreurs la même distinction qu'aux acquéreurs du premier degré. En d'autres termes, l'action paulienne réussira contre le sous-acquéreur, s'il a acquis à titre gratuit, ou si, ayant acquis à titre onéreux, il a participé à la fraude; elle ne réussira pas au contraire contre un sous-acquéreur à titre onéreux de bonne foi. C'était la solution admise en droit romain et dans notre ancien droit, et cette considération peut paraître décisive dans une matière toute traditionnelle, bien qu'il s'élève contre elle une très grave objection tirée de la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

921. La fraude du débiteur, et même dans certains cas celle du tiers avec qui il a traité, étant une condition indispensable au succès de l'action paulienne, il appartiendra au créancier demandeur d'en fournir la preuve, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit.* Cette preuve pourra d'ailleurs se faire par tous les moyens possibles, même par simples présomptions; c'est le droit commun en matière de fraude. Dans la pratique des affaires, les juges se montrent faciles relativement à la preuve de la fraude du débiteur, lorsque l'acte attaqué est à titre gratuit : ce qui ne signifie pas cependant que, même dans cette hypothèse, le créancier soit dispensé de prouver la fraude.

2. *A qui appartient le droit d'exercer l'action paulienne.*

922. L'action paulienne appartient aux créanciers victimes de la fraude. Mais elle ne constitue pas nécessairement une mesure collective, une mesure d'ensemble, supposant le concours de tous les créanciers, ainsi que pourraient le faire croire les termes de l'art. 1167 al. 1. Chaque créancier a le droit individuel d'agir.

Notons cependant qu'au cas de faillite du débiteur, l'action paulienne est intentée, s'il y a lieu, au nom de la masse par les syndics; chaque créancier n'a plus alors le droit individuel d'agir. Notons aussi que, dans ce même cas, la discussion préalable des biens du débiteur n'est plus nécessaire.

L'action paulienne peut d'ailleurs être exercée par un créancier privilégié ou hypothécaire, aussi bien que par un créancier chirographaire : ce qui suppose toutefois que les biens grevés du privilège ou de l'hypothèque sont insuffisants pour assurer le paiement de la dette; car, ainsi que nous l'avons vu, l'action paulienne n'est que subsidiaire.

Nous pensons qu'un créancier à terme pourrait intenter l'action paulienne (arg. art. 1185). Mais le même droit ne nous paraîtrait pas devoir être accordé au créancier conditionnel. L'art. 1180 lui reconnaît, il est vrai, le droit de faire des actes conservatoires; mais il est difficile de considérer l'action paulienne comme ayant exclusivement ce caractère.

Pour qu'un créancier, quel qu'il soit, puisse intenter l'action paulienne, il faut que sa créance soit antérieure à l'acte attaqué. En effet, si elle est postérieure, l'acte dont il s'agit ne lui cause pas de préjudice; il n'a pas pu considérer comme compris dans son gage un bien, dont le débiteur avait cessé d'être propriétaire au moment où il a traité avec lui.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Il y a seulement quelque difficulté sur la question de savoir si l'antériorité de la créance doit être prouvée par un acte ayant date certaine. En principe, l'affirmative nous semblerait devoir être admise par argument de l'art. 1328.

Ce qui vient d'être dit de la fraude ne doit pas être étendu à la simulation. Un créancier peut attaquer comme simulés les actes antérieurs à sa créance, de manière à substituer la situation vraie du débiteur à sa situation apparente. Lyon, 28 février 1884, Sir., 85. 2. 129.

D'un autre côté, le principe qu'un créancier ne peut pas attaquer par l'action paulienne un acte antérieur à sa créance, souffre exception au cas de fraude commise à l'encontre des créanciers futurs.

* **922** *bis.* L'action paulienne n'appartient pas seulement aux créanciers. D'une manière générale, toute personne qui a été victime d'un acte accompli en fraude de ses droits, peut en poursuivre l'annulation. *Fraus omnia corrumpit.* Ainsi un légataire peut faire annuler la renonciation de l'héritier du défunt à la succession de celui-ci, s'il prouve que cette renonciation a été faite dans le but unique de lui nuire. Ainsi jugé par la cour de Dijon, le 24 juillet 1885 (Sir., 87. 2. 227) dans une espèce où une fille, donataire en avancement d'hoirie de sa mère, avait renoncé à la succession de celle-ci, à laquelle elle était appelée conjointement avec un frère, dans le but unique de faire tomber le legs de la quotité disponible fait par la défunte au profit de son mari survivant.

3. *Quels actes peuvent être attaqués par l'action paulienne.*

923. Tombent sous le coup de l'action paulienne tous les actes par lesquels le débiteur a frauduleusement diminué le gage de ses créanciers, *quodcunque... fraudis causa factum est... qualecunque fuerit,* dit la loi romaine. Peu importe qu'il s'agisse d'un contrat soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ou d'un acte unilatéral tel qu'une renonciation à un droit acquis. Sous le nom de *tierce opposition,* l'action paulienne permet même d'atteindre les jugements, dans lesquels le débiteur s'est laissé condamner par suite d'une collusion frauduleuse avec la partie adverse.

L'action paulienne est donc une action générale. Ce principe souffre cependant deux exceptions.

La première résulte du lien qui unit l'art. 1167 à l'art. 1166. L'art. 1166 permet aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur, en vue de se faire payer sur le prix des biens qu'ils feront ainsi entrer dans son patrimoine. C'est aussi vers ce but que tend finalement l'art. 1167; seulement, comme il s'agit d'un droit qui n'appartient plus au débiteur, il faut préalablement le reconquérir, et c'est précisément ce qu'obtiennent les créanciers en faisant annuler au moyen de l'action paulienne l'acte frauduleux par lequel le débiteur s'en est dépouillé. En un mot, dans le cas de l'art. 1166, les créanciers exercent un droit appartenant à leur débiteur; dans le cas de l'art. 1167, ils exercent un droit qui ne lui appartient plus, mais que l'action paulienne fait revivre à leur profit. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il faut donc qu'il s'agisse d'un droit *susceptible d'être exercé par les créanciers au lieu et place du débiteur :* ce qui exclut les droits personnels au débiteur, ou, comme le dit l'art. 1166, les droits *exclusivement attachés à sa personne.* Ainsi, par exemple, un créancier ne pourrait pas attaquer par l'action paulienne la renonciation frauduleuse que son débiteur aurait faite au droit de demander la révocation d'une donation contre un donataire coupable d'ingratitude. En supposant que le créancier pût faire annuler cette renonciation, quel profit retirerait-il de l'annulation, puisqu'il ne pourrait pas exercer l'action en révocation du chef du débiteur ?

Notre première exception peut donc être ainsi formulée : l'action paulienne n'est

pas admise contre les actes par lesquels le débiteur s'est dépouillé d'un droit exclusivement attaché à sa personne.

Voici maintenant la deuxième; elle est indiquée en termes fort obscurs par l'art. 1167 *in fine,* ainsi conçu : *Ils* [*les créanciers*] *doivent néanmoins, quant à leurs » droits énoncés au titre* des Successions *et au titre* du Contrat de mariage et des » Droits respectifs des époux, *se conformer aux règles qui y sont prescrites* ».

Ce texte nous annonce une double restriction au principe de l'action paulienne : l'une établie au titre *Des successions,* l'autre, au titre *Du contrat de mariage.*

La première est facile à trouver. On s'accorde à reconnaître qu'elle résulte de l'art. 882. Il s'agit du partage de succession, l'un des actes qui se prêtent le mieux à la fraude, mais l'un de ceux aussi qu'il y a le plus d'inconvénient à briser, à cause des nombreux intérêts qui se trouvent ainsi sacrifiés. Nous savons que la loi fournit ici aux créanciers des copartageants un moyen de prévenir les fraudes qui pourraient être tentées à leur encontre : il consiste à intervenir au partage pour en surveiller les opérations; s'ils ont négligé d'user de ce moyen *préventif,* le moyen *répressif* de l'action paulienne leur sera refusé (*supra* n. 322).

La seconde restriction doit, d'après notre texte, se trouver dans le titre *Du contrat de mariage...* Mais elle y est si bien cachée que les auteurs n'ont pas su la trouver, peut-être parce qu'ils sont allés la chercher trop loin. Nous croyons qu'elle résulte tout simplement de l'art. 1476, qui rend applicables au partage de la communauté les règles relatives au partage des successions, et par conséquent celles contenues dans l'art. 882. Les créanciers de l'un des copartageants ne pourraient donc pas attaquer par l'action paulienne un partage de communauté, auquel ils auraient négligé d'intervenir ou de former opposition.

4. *Des effets de l'action paulienne.*

924. L'instance, à laquelle donne lieu l'action paulienne, est close par un jugement qui déclare bien ou mal fondée la prétention du créancier ou des créanciers demandeurs. Supposons que le tribunal estime cette prétention bien fondée; il *annulera* l'acte frauduleux attaqué par les créanciers. L'action paulienne est donc une action en nullité, ou en *révocation,* d'où le nom d'action *révocatoire,* par conséquent une action personnelle. Cass., 30 juillet 1884, Sir., 85. 1. 77. L'art. 1167 le donne à entendre par le mot *attaquer,* et l'art. 271 le dit en toutes lettres (arg. des mots *sera déclarée nulle*). Cpr. art. 622, 788 et 882. Il n'est donc pas exact de soutenir, comme on l'a fait, que l'action paulienne est une action en dommages et intérêts.

L'acte frauduleux attaqué par l'action paulienne étant annulé, le bien dont le débiteur s'était dépouillé par cet acte rentre fictivement dans son patrimoine, *in bonis debitoris mansisse censetur;* les créanciers reconquièrent ainsi le gage dont leur débiteur avait voulu les spolier.

Mais la révocation résultant de l'action paulienne est toute relative. Elle n'a lieu qu'en faveur des créanciers du *fraudator,* non au profit de celui-ci; car sa fraude ne peut pas être pour lui la source d'un droit; il ne pourra donc en aucun cas se prévaloir de cette nullité à l'égard du tiers avec qui il a traité; entre lui et ce tiers le contrat

subsiste. Ainsi un débiteur fait donation d'un immeuble à son neveu, en fraude des droits de ses créanciers; ceux-ci font annuler la donation par l'action paulienne. Le bien donné redevenant ainsi leur gage, ils le font vendre et se paient sur le prix; mais, le prix étant supérieur au montant de leurs créances, il reste un excédent disponible. A qui cet excédent reviendra-t-il? Au donataire, et non au débiteur; car dans leurs rapports respectifs le contrat est maintenu, et le donataire peut dire par conséquent: « C'est mon bien qui a été vendu, et j'ai droit à la portion du prix que vos créanciers n'ont pas absorbée ». Il n'est pas douteux non plus que le tiers qui a traité avec le débiteur pourra, s'il est acquéreur à titre onéreux, exercer une action en garantie contre le débiteur.

* **925.** C'est donc seulement en faveur des créanciers du *fraudator* que la révocation a lieu; et encore ne profite-t-elle pas à tous indistinctement, mais seulement à ceux qui ont intenté l'action et y ont participé, à ceux qui ont été parties dans l'instance à laquelle a donné lieu l'action paulienne. Cela résulte nécessairement à notre avis de la règle *Res inter alios judicata aliis non prodest* (art. 1351). La révocation, à laquelle donne lieu l'action paulienne, est le fruit d'un jugement; or les jugements ne peuvent être invoqués que par les parties en cause.

Cette solution est vivement contestée par un grand nombre d'auteurs; mais les opposants ne s'entendent pas entre eux. Les uns veulent que la révocation prononcée sur l'action paulienne profite à tous les créanciers du *fraudator* indistinctement: tous seraient admis à venir au marc le franc sur le prix du bien reconquis par l'action paulienne, même ceux dont la créance est née postérieurement à l'acte frauduleux. D'autres excluent ces derniers qui, dit-on, n'auraient pas pu intenter l'action et qui par conséquent ne doivent pas pouvoir en profiter quand elle a été intentée par d'autres. L'art. 2093 est l'arme commune, que les dissidents dirigent contre notre solution basée sur l'art. 1351. En définitive, nous dit-on, vous arrivez à établir sur les biens, que l'action paulienne fait rentrer dans le patrimoine du débiteur, un privilège au profit des créanciers qui ont été parties à l'instance paulienne, contrairement à l'art. 2093 qui dispose que le prix des biens d'un débiteur se distribue entre tous ses créanciers par contribution, à moins qu'il n'existe au profit de quelques-uns d'entre eux des causes légitimes de préférence. L'objection serait fondée, si les biens recouvrés par l'action paulienne rentraient dans le patrimoine du débiteur à l'égard de tous ses créanciers; mais nous venons de dire que, par suite de l'autorité toute relative du jugement qui statue sur l'action paulienne, la révocation de l'acte frauduleux n'a lieu qu'en faveur des créanciers qui ont été parties à l'instance; c'est donc par rapport à eux seulement que les biens aliénés rentrent dans le patrimoine du débiteur; eux seuls peuvent dire que ces biens sont redevenus leur gage, et par conséquent on ne viole pas l'art. 2093 en leur en attribuant exclusivement le prix, pas plus qu'on ne le viole en payant les créanciers qui ont produit à l'ordre ouvert sur les biens d'un débiteur, à l'exclusion de ceux qui n'y ont pas produit.

On n'a pas beaucoup affaibli à notre avis l'argument topique que notre opinion tire de l'art. 1351, en disant que les créanciers qui intentent l'action paulienne doivent être considérés comme les mandataires ou tout au moins comme les gérants d'affaires des autres créanciers. *Mandataires,* ils ne le sont pas, bien évidemment; ils ne pourraient être que mandataires conventionnels ou mandataires légaux; or, pour qu'ils fussent mandataires conventionnels, il faudrait une convention, et pour

qu'ils fussent mandataires légaux, il faudrait un texte, et nous n'avons ni convention ni texte. *Gérants d'affaires,* ils ne le sont pas davantage, car la gestion d'affaires suppose chez le gérant l'intention de gérer l'affaire d'autrui ; or on ne peut pas raisonnablement prêter aux créanciers qui intentent l'action paulienne l'intention d'agir tant au nom de leurs cocréanciers qu'en leur nom personnel, puisque cela leur est préjudiciable. Il faut donc dire qu'ils ont agi exclusivement pour leur compte, et que par suite eux seuls peuvent bénéficier du résultat obtenu à l'aide de l'action.

5. *Durée de l'action paulienne.*

926. L'action paulienne est une action en nullité, nous l'avons déjà dit. Cela posé, il semble qu'il y ait lieu de lui appliquer la disposition de l'art. 1304 al. 1, ainsi conçu : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une con- » vention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action » dure dix ans ». Mais, en supposant qu'on soit dans les termes de ce texte (qui constitue une disposition exceptionnelle), lorsque l'action paulienne est dirigée contre une *convention,* on ne s'y trouverait certainement plus lorsqu'elle est dirigée contre un autre acte, une renonciation par exemple, et cependant il ne paraît pas possible d'appliquer la prescription de l'art. 1304 dans un cas et une prescription différente dans les autres. La vérité est que cet article est tout à fait étranger à l'action paulienne. Ses termes prouvent qu'il se préoccupe d'une action en nullité, intentée par les parties contractantes elles-mêmes : ce qui exclut le cas de l'action paulienne qui est exercée par les créanciers agissant comme tiers. D'un autre côté, la prescription de l'art. 1304 est fondée, comme on le verra plus tard, sur une idée de ratification tacite ; or il est impossible de donner ce fondement à la prescription, en tant qu'elle s'applique à l'action paulienne. Décidément l'art. 1304 est inapplicable. Il reste la prescription du droit commun, celle de trente ans (art. 2262) ; c'est elle qui devra être appliquée.

CHAPITRE IV

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS

927 Le législateur va s'occuper ici des diverses *modalités* (du latin *modus*) ou *manières d'être* des obligations. Les principales sont la condition, le terme, l'alternativité, la solidarité, l'indivisibilité et la clause pénale. Chacune de ces modalités fait l'objet de l'une des six sections qui composent ce chapitre. L'obligation qui n'est affectée d'aucune modalité est dite *pure et simple.*

* Quelquefois l'expression *obligation pure et simple* se prend dans un sens plus restreint, comme désignant une obligation qui n'est pas affectée d'une certaine modalité. Ainsi, dans l'art. 1192, les mots *obligation pure et simple,* opposés à ceux d'*obligation alternative,* désignent une obligation non alternative. De même, quand, par opposition à une obligation conditionnelle, on parle d'une obligation *pure et simple,* on entend dire une obligation non conditionnelle.

SECTION PREMIÈRE

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES

§ I. *De la condition en général, et de ses diverses espèces.*

928. Une obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'une condition. Cette modalité est ordinairement indiquée par l'emploi de la conjonction *si : s'*il fait beau temps demain, *si* ma nièce se marie...

Il résulte de l'art. 1168 que la condition est un événement *futur* et *incertain* auquel on subordonne l'existence ou la résolution d'une obligation.

a. L'événement doit être *futur.* Un événement actuellement arrivé ne forme donc point une condition, alors même qu'il serait ignoré des parties au moment où elles contractent : *aut statim perimit aut omnino non differt obligationem,* dit la loi romaine. Ainsi la récolte de mon vignoble est terminée, et j'en ignore le résultat ; je vous achète une certaine quantité de futailles sous cette condition *si la récolte a produit plus de* 300 *tonneaux.* De deux choses l'une : ou bien la récolte a dépassé le chiffre fixé, et alors la vente existe immédiatement; ou bien elle est restée au-dessous de ce chiffre, et la vente est non avenue. Et toutefois, tant que les parties sont dans l'incertitude sur le point de savoir si l'événement prévu s'est ou non réalisé, elles sont *mentalement* dans la même situation que si l'obligation était conditionnelle, et c'est sans doute en se préoccupant de cette circonstance toute de fait que l'art. 1181 a pu considérer comme conditionnelle l'obligation subordonnée à *un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties;* en droit il est certain qu'une semblable obligation n'est pas conditionnelle. Cette observation concilie dans la mesure du possible les dispositions en apparence contradictoires des art. 1168 et 1181.

b. L'événement doit être *incertain.* L'événement qui serait futur sans être incertain, constituerait un *terme,* et non une condition. Ainsi la prétendue condition *si telle personne meurt* ne peut être qu'un terme, car il n'y a aucune incertitude sur la réalisation de l'événement prévu; la seule chose qui soit incertaine, c'est l'époque de sa réalisation; mais tout ce qui résulte de là, c'est que le terme est incertain, *dies incertus.*

Au surplus, un événement doit nécessairement être *futur* pour être incertain, et la loi aurait pu se borner à indiquer ce dernier caractère. Cpr. art. 1040. Un événement actuellement accompli peut bien être incertain dans l'esprit des parties, mais il ne l'est pas d'une manière absolue.

N° 1. Division des conditions.

1. *Conditions suspensives, conditions résolutoires.*

929. L'art. 1168 définit la condition suspensive et la condition résolutoire. « *L'obligation,* dit cet article, *est conditionnelle lorsqu'on » la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspen- » dant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que » l'événement arrivera ou n'arrivera pas* ».

On voit qu'il y a deux espèces de conditions :

1° La condition *suspensive,* qui affecte l'existence même de l'obligation. Par exemple : Je prends à bail votre maison de Bordeaux moyennant 5,000 fr. par an, *si,* comme je l'espère, *je suis nommé d'ici à un mois fonctionnaire public dans cette ville;*

2° La condition *résolutoire* ou *résolutive,* qui affecte, non l'existence de l'obligation, mais sa résolution. Par exemple : Je vous donne une somme de 100,000 fr., mais la donation sera résolue *si vous mourez avant moi* »; c'est le cas du retour conventionnel (art. 951 et 952), qui n'est qu'une condition résolutoire d'une nature particulière. L'obligation contractée sous condition résolutoire existe immédiatement, et produit de suite ses effets; seulement, si la condition prévue se réalise, l'obligation sera résolue, c'est-à-dire que tout sera remis au même état que si l'obligation n'avait jamais existé.

En allant au fond des choses, on se convainc facilement qu'il n'existe qu'une seule espèce de condition, la condition *suspensive;* seulement elle suspend, tantôt l'*existence* de l'obligation, tantôt sa *résolution.* Ce que le code civil appelle une *obligation sous condition résolutoire,* n'est pas autre chose en réalité qu'une obligation pure et simple résoluble sous condition, *pura obligatio quæ sub conditione resolvitur,* comme le dit fort justement la loi romaine. Nous parlerons cependant le langage du code civil, pour ne pas dérouter nos jeunes lecteurs.

2. *Conditions affirmatives ou positives, et conditions négatives.*

930. Qu'elle soit suspensive ou résolutoire, la condition est *affirmative* ou *négative,* suivant que son accomplissement consiste dans la réalisation ou dans la non-réalisation de l'événement qui la constitue. Ainsi la condition *si j'ai des enfants* est affirmative; au contraire la condition *si je n'ai pas d'enfants* est négative. Cpr. art. 1176 et 1177.

3. *Conditions casuelles, potestatives et mixtes.*

931. a. « *La condition* casuelle *est celle qui dépend du hasard, et qui » n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur* » (art. 1169). » Telle serait la condition *si vous mourez avant moi.*

La condition, dont la réalisation dépend de la volonté d'un tiers, est casuelle, par exemple *si Paul se marie.*

b. — « *La condition* potestative *est celle qui fait dépendre l'exécution » de la convention, d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de*

» *l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* » (art. 1170).

Une obligation peut être valablement contractée sous une condition potestative soit de la part du créancier, soit de la part du débiteur (arg. des mots *de l'une ou de l'autre des parties*). — *De la part du créancier;* exemple : Je vous promets mille francs *si vous abattez tel arbre ou tel mur qui gêne ma vue.* — *De la part du débiteur :* tel serait le cas où je m'obligerais à vous vendre ma maison, de préférence à tout autre, *si je me décide à l'aliéner.*

Avec la condition *potestative* il faut bien se garder de confondre la condition *purement potestative,* qui n'est autre que la condition *si voluero, si je veux.* Une obligation peut bien être contractée valablement sous une condition purement potestative de la part du créancier ; ainsi je puis m'obliger à vous vendre ma maison moyennant 100,000 fr., *s'il vous plaît de l'acheter pour ce prix :* c'est la promesse unilatérale de vente; de même je puis vous vendre telle barrique de vin moyennant 300 fr., *si vous trouvez le vin de votre goût :* c'est la vente *ad gustum.* Mais une obligation ne pourrait pas être valablement contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige, parce que ce n'est pas s'obliger que de s'obliger si l'on veut. *Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit* (l. 108 § 1, D., *De verb. obl.,* XLV, 1). C'est ce que dit, ou plutôt ce qu'a voulu dire l'art. 1174, ainsi conçu : « *Toute obligation est nulle* » *lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de* » *celui qui s'oblige* ». On ne peut guère douter que ce texte soit relatif à la condition *purement potestative;* s'il entendait parler de la condition *potestative,* il serait en contradiction avec l'art. 1170. L'expression *purement potestative* figurait dans la rédaction primitive, et elle paraît n'avoir été remplacée par le mot *potestative* que pour rendre l'article applicable, non seulement à la condition *si voluero,* qui pouvait paraître exclusivement visée par les mots *purement potestative,* mais à toute autre équivalente, par exemple la condition *si je lève le bras.*

c. — « *La condition* mixte *est celle qui dépend tout à la fois de la* » *volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers* » (art. 1171). Telle serait la condition *si vous épousez ma nièce.*

Notre article ne déclare *mixte* que la condition qui dépend de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers. Celle qui dépendrait de la volonté d'une des arties et du hasard devrait être considérée comme potestative : telle serait la condition *si je m'établis à Paris.*

4. Conditions possibles et impossibles, licites et illicites.

932. Nous connaissons déjà cette distinction qui forme la base de la disposition de l'art. 900 (*supra* n°s 360 et s.). Nous avons aussi étudié par anticipation la disposition de l'art. 1172 : « *Toute condition* » *d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée* » *par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ». Ce n'est qu'une application de cette règle de raison, qu'un acte juridique ne peut produire aucun effet lorsqu'il est subordonné à une condition irréalisable; or tel est le caractère des conditions dont parle l'art. 1172 : les conditions impossibles ne peuvent aucunement se réaliser, et les conditions illicites (conditions contraires aux bonnes mœurs ou prohibées par la loi) ne peuvent pas se réaliser utilement; elles sont juridiquement irréalisables. Nous avons vu que la loi déroge à cette règle en matière de donations (art. 900), sans qu'il soit bien facile de donner une explication satisfaisante de cette dérogation.

Il y a donc un très grand intérêt à savoir si un contrat subordonné à une condition impossible ou illicite est à titre gratuit ou à titre onéreux. C'est une question de vie ou de mort. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation. Cass., 7 décembre 1885, Sir., 88. 1. 10.

L'art. 1173 ajoute : « *La condition de ne pas faire une chose impos-* » *sible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition* ». C'était tellement évident qu'on aurait pu sans inconvénient se dispenser de le dire.

Remarquons que la loi ne parle que de la condition *de ne pas faire* UNE CHOSE IMPOSSIBLE; elle ne dit rien de la condition de ne pas faire *une chose illicite*. Ordinairement cette dernière condition rendra la convention nulle, et nulle aussi par suite l'obligation qui en résulte. Ainsi la promesse d'une somme d'argent, faite à un homme sous la condition qu'il cessera les relations illicites qu'il a nouées avec telle femme, serait nulle; il y a immoralité à stipuler une somme d'argent pour s'abstenir d'un acte contraire à la loi et aux mœurs. Il en serait de même de la promesse d'une somme d'argent, qui aurait été extorquée par la menace d'accomplir un fait illicite, par exemple de calomnier le promettant, ce que l'on appelle vulgairement un *chantage;* car ici encore la stipulation n'est que le prix de l'abstention d'un fait illicite.

N° 2. Règles générales relatives à l'accomplissement des conditions.

933. Nos anciens docteurs discutaient à perte de vue sur le point de savoir si les conditions devaient être accomplies *in forma specifica,* c'est-à-dire à la lettre, ou si elles pouvaient l'être *per æquipollens,* c'est-à-dire d'une manière équivalente. L'art. 1175 tranche cette controverse célèbre en trois mots : « *Toute condition doit être accomplie* » *de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu* » *qu'elle le fût* ». Ainsi j'ai contracté envers vous une obligation sous cette condition : si vous me payez 50 louis d'or. Pourrez-vous me

payer en pièces de cinq francs ? Oui, s'il n'apparaît pas que notre intention ait été que le paiement serait fait précisément en la monnaie indiquée, s'il est démontré que nous avons dit 50 louis comme nous aurions dit 1,000 fr. ; non, dans le cas contraire : le stipulant peut avoir intérêt à recevoir son paiement précisément dans la monnaie indiquée.

934. Les art. 1176 et 1177 exposent en termes très clairs quand la condition est accomplie et quand elle est censée défaillie.

Aux termes de l'art. 1176 : « *Lorsqu'une obligation est contractée sous* » *la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condi-* » *tion est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événe-* » *ment soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut tou-* » *jours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est* » *devenu certain que l'événement n'arrivera pas* ».

Ainsi j'ai contracté envers vous une obligation sous cette condition : *si vous vous mariez* DANS DEUX ANS. La condition sera censée défaillie, si les deux ans expirent sans que vous ayez contracté mariage. Au contraire la condition *si vous vous mariez,* sans indication de délai, pourrait être utilement remplie à une époque quelconque ; elle ne sera donc censée défaillie qu'à votre mort.

L'art. 1177 ajoute : « *Lorsqu'une obligation est contractée sous la con-* » *dition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condi-* » *tion est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit* » *arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'événe-* » *ment n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est* » *accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas* ».

J'ai contracté envers vous une obligation sous cette condition : *si ma fille ne se marie pas* DANS UN DÉLAI DE DEUX ANS. La condition sera *défaillie* si ma fille se marie avant l'expiration du délai, *accomplie* si les deux ans expirent sans qu'elle ait contracté mariage ou si elle meurt avant cette époque. La condition *si ma fille ne se marie pas,* sans indication de délai, ne pourra être accomplie qu'à la mort de ma fille ; car jusqu'à cette époque il est possible qu'elle se marie.

« *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé* » *sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* » (art. 1178). Décision sévère, mais juste. En rendant la réalisation de la condition impossible, le débiteur a causé un préjudice au créancier. A titre de dommages et intérêts, la loi alloue au créancier l'avantage qu'il aurait obtenu si la condition s'était accomplie, c'est-à-dire qu'elle lui permet d'exiger l'exécution de l'obligation.

Par application de ce principe, la cour de Bordeaux a pu décider qu'une donation, faite avec clause de retour *pour le cas de prédécès du donataire,* avait été résolue par ce fait que le donataire avait donné la mort au donateur ; car il avait ainsi

rendu impossible la réalisation de la condition à laquelle était subordonné le droit de retour. Il s'agissait dans l'espèce d'une donation faite par contrat de mariage, circonstance qui empêchait qu'elle pût être révoquée par l'ingratitude du donataire (art. 959).

N° 3. Effet de la condition accomplie.

935. « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel* » *l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accom-* » *plissement de la condition, ses droits passent à son héritier* ». Ainsi s'exprime l'art. 1179.

Les conventions doivent produire leur effet à partir du moment où les parties consentent, *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.* Cela est conforme à la volonté probable des contractants non moins qu'aux principes du droit. De là l'effet rétroactif attaché à la condition. Par suite de cet effet rétroactif, les parties seront liées du jour du contrat, si la condition se réalise, et elles ne l'auront jamais été, si elle vient à défaillir.

L'art. 1179 est conçu dans les termes les plus généraux. La rétroactivité qu'il édicte s'applique donc, quelle que soit la nature de la condition, aussi bien par conséquent lorsqu'elle est résolutoire que lorsqu'elle est suspensive (cpr. art. 1183), et aussi quelle que soit la nature du droit qu'elle affecte, non seulement donc lorsque c'est un droit personnel, mais aussi lorsque c'est un droit de propriété ou tout autre droit réel (arg. art. 2125).

Le principe de la rétroactivité de la condition engendre, entre autres conséquences, les suivantes :

1° Lorsqu'une obligation de donner un corps certain a été contractée sous une condition suspensive, le créancier, la condition une fois accomplie, sera considéré comme étant devenu propriétaire le jour même du contrat. D'où il résulte que tous les droits réels, consentis par l'aliénateur dans l'intervalle écoulé entre le contrat et la réalisation de la condition, seront non avenus, comme émanant *a non domino.* Ainsi je vous vends ma maison sous une condition suspensive; six ans plus tard la condition se réalise. Vous serez considéré comme étant devenu propriétaire de la maison dès le jour même du contrat, et par suite les aliénations et les constitutions de droits réels que j'aurais faites depuis la vente, seront non avenues; car en droit j'ai cessé d'être propriétaire à dater de la vente, et le propriétaire seul peut aliéner une chose ou la grever de droits réels. Il y aurait lieu de maintenir au contraire les aliénations et les constitutions de droits réels par vous consenties depuis la vente; car, par suite de l'effet rétroactif de la condition, vous êtes propriétaire à dater de cette époque. — Le tout sauf les questions de transcription, d'inscription et de prescription.

Ce que nous venons de dire des actes de disposition doit être étendu aux actes d'administration et principalement aux baux. Quand la loi pose un principe en termes absolus, il faut savoir en accepter toutes les conséquences. Les baux consentis *pendente conditione* par celui qui a aliéné un bien sous condition suspensive ne seraient donc pas opposables à l'acquéreur, la condition une fois accomplie. *Non abstat* art. 1673, dont la disposition toute spéciale à la vente à réméré ne saurait être généralisée. Il ne faut pas objecter non plus que l'administration du bien aliéné sous condition suspensive devient ainsi impossible *pendente conditione*. Ce qu'il y a de vrai seulement c'est qu'un acte d'administration, comme d'ailleurs un acte de disposition, ne peut devenir irrévocable que par le concours des deux intéressés, l'acquéreur, qui deviendra propriétaire avec effet rétroactif si la condition se réalise, et l'aliénateur, qui sera censé n'avoir jamais perdu la propriété si la condition ne se réalise pas. D'ailleurs il ne tient qu'aux parties de déroger à ces principes, si leur application est contraire à leurs vues ; mais il faut qu'elles manifestent clairement leur volonté à cet égard.

2° Celui qui a aliéné un bien sous condition suspensive est tenu, si la condition se réalise, de livrer à l'acquéreur, non seulement la chose, mais aussi les fruits qu'il en a retirés *pendente conditione,* ou leur équivalent. A moins qu'une intention contraire des parties n'apparaisse clairement, ou que la loi n'autorise par une disposition expresse l'aliénateur à conserver les fruits, ainsi qu'on en voit des exemples dans les art. 856, 928, 958, 962, 1652, 1682.

Les mêmes principes doivent être appliqués *mutatis mutandis* à la condition résolutoire.

936. Situation du créancier conditionnel avant la réalisation de la condition. — Pothier dit que, jusqu'à la réalisation de la condition, il n'est encore rien dû, mais qu'il y a seulement ESPÉRANCE qu'il sera dû. *Pendente conditione, nondum debetur, sed* SPES *est debitum iri.* Ce que Pothier et la loi romaine appellent une simple *espérance,* le code civil l'appelle un *droit* (art. 1179 *in fine* et 1180), et ce langage est plus correct. Le droit conditionnel est un droit imparfait sans doute, *un droit en herbe,* comme dit Ricard ; mais enfin c'est un droit; il figure dès maintenant dans le patrimoine du créancier, qui peut en disposer à titre gratuit ou onéreux.

* Il en résulte une conséquence très importante, qui concerne le principe de la non-rétroactivité des lois. Le créancier conditionnel ayant un *droit,* une loi nouvelle survenue *pendente conditione* ne porterait aucune atteinte à ce droit (arg. art. 2). Le contraire aurait lieu, si le créancier n'avait qu'une simple espérance ; car le principe de la non-rétroactivité des lois ne protège que les droits, non les simples espérances ou expectatives. Cpr. t. I, n. n. 48 et 49.

La loi tire deux conséquences de notre principe :

1° Si le créancier meurt avant l'accomplissement de la condition, il transmet son droit à ses héritiers (art. 1179 *in fine*). La condition pourra donc se réaliser utilement à leur profit.

Nous savons qu'il en est autrement en matière de legs; la condition ne peut se réaliser utilement que pendant la vie du légataire. La rai-

son en est que, les dispositions testamentaires étant personnelles, comme l'affection qui les dicte, le droit au legs ne peut s'ouvrir que dans la personne du légataire.

2° « *Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer* » *tous les actes conservatoires de son droit* » (art. 1180). Ainsi le créancier conditionnel pourra faire inscrire *pendente conditione* l'hypothèque qui garantit sa créance. Mais il ne peut, avant la réalisation de la condition, accomplir aucun acte d'exécution, pas même une saisie-arrêt; car il ne lui est encore rien dû, et il est incertain s'il lui sera jamais dû quelque chose.

§ II. *De la condition suspensive.*

937. Le législateur débute ici par un article très défectueux, dont la disposition nous est déjà connue (*supra* n. 928) : « *L'obligation con-* » *tractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un évé-* » *nement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais* » *encore inconnu des parties.— Dans le premier cas, l'obligation ne peut* » *être exécutée qu'après l'événement. — Dans le second cas, l'obligation* » *a son effet du jour où elle a été contractée* » (art. 1181).

Nous savons que la loi dit trop, en nous présentant ici comme conditionnelle l'obligation qui dépend « d'un événement actuellement » arrivé, mais encore inconnu des parties » (*supra* n. 928). D'un autre côté, elle ne dit pas assez, quand elle dispose que l'obligation *ne peut être* EXÉCUTÉE qu'après la réalisation de la condition. Il aurait fallu dire que jusque-là l'obligation n'*existe* pas encore; du moins elle n'existe qu'en germe. Et de là résultent quatre conséquences :

1° Le créancier sous condition suspensive ne peut accomplir aucun acte d'exécution contre le débiteur, tant que la condition n'est pas accomplie; car il ne doit rien encore : *pendente conditione nondum debetur;*

2° Si le débiteur a payé *pendente conditione,* il aura la *condictio indebiti;* car il a payé ce qu'il ne devait pas (arg. art. 1185 et 1186);

3° La prescription ne court pas à l'égard d'une créance conditionnelle jusqu'à la réalisation de la condition (art. 2257 al. 2);

4° Les risques de la chose due sous condition suspensive sont *pendente conditione* à la charge du débiteur. C'est ce qui résulte de l'art. 1182, ainsi conçu : « *Lorsque l'obligation a été contractée sous* » *une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention* » *demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que* » *dans le cas de l'événement de la condition. — Si la chose est entière-* » *ment périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte. — Si la* » *chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix*

» *ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se* » *trouve, sans diminution de prix. — Si la chose s'est détériorée par la* » *faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation,* » *ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et* » *intérêts* ».

Dans ce texte, la loi s'occupe principalement de la question des risques, qui suppose une perte ou une détérioration *fortuite* du *corps certain* faisant l'objet de l'obligation. Incidemment, elle traite de la responsabilité qui incombe au débiteur, lorsque la chose s'est détériorée par sa faute. Ce sont là deux questions fort distinctes que nous étudierons séparément.

1. *Question des risques.*

938. L'alinéa 1 de l'art. 1182 établit ce principe, que, dans l'obligation sous condition suspensive, la chose qui fait la matière de l'obligation (on suppose que c'est un corps certain) demeure *pendente conditione* aux risques du débiteur. Puis la loi fait deux applications de ce principe.

Première application. La chose due a péri *pendente conditione* sans la faute du débiteur; la perte sera pour lui, car il supporte le risque. Ainsi je vous ai vendu ma maison sous condition suspensive, pour la somme de 20,000 fr. : ce qui revient à dire que j'ai contracté l'obligation de vous en rendre propriétaire moyennant le prix convenu, si la condition se réalise. *Pendente conditione* la maison est détruite par le feu du ciel; la perte sera pour moi, débiteur de la maison, en ce sens que, si la condition se réalise plus tard, je ne pourrai pas vous demander le prix convenu. D'après notre loi, le contrat ne se forme pas lorsque la chose qui en fait l'objet n'existe plus au moment de la réalisation de la condition. N'y ayant pas de contrat, il faut appliquer la règle *Res perit domino* (*supra* n. 882). A tort ou à raison, notre législateur a consacré sur ce point la théorie de Pothier qui dit au n. 219 de son traité *Des obligations :* « Si la chose... périt entièrement avant l'accomplissement de la condition, inutilement la condition s'accomplira-t-elle par la suite ; car l'accomplissement de la condition ne peut pas confirmer l'obligation de ce qui n'existe plus, ne pouvant pas y avoir d'obligation sans une chose qui en soit le sujet ».

* Cela répond en même temps à l'objection qu'on pourrait prétendre tirer contre notre solution de la rétroactivité de la condition accomplie. La rétroactivité est une conséquence de la formation du contrat, et non la formation du contrat une conséquence de la rétroactivité. Avant de parler de rétroactivité, il faut donc voir si le contrat a pu se former; or on vient de voir qu'il ne se forme pas.

Deuxième application. La chose s'est détériorée par cas fortuit *pendente conditione*. La loi dit que « le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger » la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix » : ce qui revient en définitive à dire que la chose est aux risques du débiteur; car, si la détérioration est importante, le créancier ne manquera pas de résoudre l'obligation et laissera ainsi la perte au compte du débiteur. Cette solution, qui est contraire au droit romain et à notre ancien droit, est très vivement critiquée.

* En opposant le cas où la chose s'est *détériorée* (al. 3) à celui où elle est *entièrement périe* (al. 2), la loi nous donne très clairement à entendre qu'elle vise le cas de perte partielle de la chose. En un mot, elle appelle ici *détériorations* ce qu'elle appelle ailleurs des *dégradations* (art. 2131). Une simple *dépréciation*, résultant par exemple d'événements politiques ou économiques, n'autoriserait donc pas le créancier à résoudre le contrat.

2. *Responsabilité qui incombe au débiteur, lorsque la chose a péri ou s'est détériorée par sa faute avant la réalisation de la condition.*

939. Il faut d'abord écarter l'hypothèse où la condition vient à défaillir, car alors la perte ou la détérioration ne cause aucun préjudice au créancier, puisqu'il n'a et même est censé n'avoir jamais eu aucun droit à la chose. Mais il en est autrement si la condition se réalise. Au cas de détérioration ou de perte partielle, la loi dit que le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle est. Quel que soit d'ailleurs le parti qu'il prenne, il a droit de réclamer des dommages et intérêts; les mots *avec des dommages et intérêts,* qui terminent l'alinéa final de l'art. 1182, se rapportent aux deux hypothèses qu'il prévoit, ainsi que cela résulte de sa ponctuation. — Au cas de perte totale, que la loi ne prévoit pas, il ne peut être question que d'allouer des dommages et intérêts au créancier, conformément aux règles du droit commun.

§ III. *De la condition résolutoire.*

N° 1. Généralités.

940. Aux termes de l'art. 1183 : « *La condition résolutoire est celle » qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui » remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. — » Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement » le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement » prévu par la condition arrive* ».

Notre langue juridique possède trois expressions pour désigner les causes qui portent atteinte à l'efficacité d'un acte juridique valable : *résolution, révocation* et *résiliation.* Il est difficile de préciser le sens exact de chacune d'elles, parce que la loi paraît souvent employer indifféremment l'une ou l'autre. Aussi ne proposons-nous ce qui suit que sous réserves. La *résolution* produit un effet rétroactif; elle agit même dans le passé, *in præteritum tempus, ex tunc :* ainsi la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix met la vente à néant, elle est censée n'avoir jamais existé. La *résiliation* n'agit que dans l'avenir, *in futurum, ex nunc;* elle ne porte aucune atteinte au passé; ainsi la résiliation d'un bail le fait cesser dans l'avenir, mais les effets qu'il a produits antérieurement sont maintenus. Quant au mot *révocation,* sa signification juridique paraît assez indécise. Nous voyons en effet que la révocation agit tantôt avec effet rétroactif, comme par exemple la révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant (art. 963) tantôt sans effet rétroactif, comme la révocation pour cause d'ingratitude du donataire (arg. art. 958).

941. Les jurisconsultes romains disaient de l'obligation sous condition résolutoire : *pura obligatio quæ sub conditione resolvitur;* ce n'est pas l'obligation qui est conditionnelle, mais seulement sa résolution. Et en effet l'obligation sous condition résolutoire existe dès maintenant; le créancier peut en exiger l'exécution de suite; il devient immédiatement propriétaire, s'il s'agit d'une obligation de donner ayant pour objet un corps certain (arg. art. 1138). Mais, si la condition se réalise, l'obligation sera résolue, c'est-à-dire rétroactivement anéantie; toutes choses seront alors remises dans le même état que si l'obligation n'avait jamais existé; par conséquent, si l'obligation n'est pas

exécutée, le créancier ne pourra pas en exiger l'exécution, et, si elle a été exécutée, il devra restituer ce qu'il a reçu. Au cas où les deux parties se seraient fait des prestations réciproques, en exécution de la convention aujourd'hui résolue, chacune devra restituer ce qu'elle a reçu.

Ainsi je vous vends ma maison moyennant 50,000 fr. payables comptant; mais je me réserve par une clause formelle du contrat le droit de rentrer dans la propriété de mon bien en vous remboursant le prix dans un délai de cinq ans. C'est la vente à *réméré,* qui n'est qu'une vente sous condition résolutoire. Vous devenez de suite propriétaire de la maison, et moi créancier du prix; vous pouvez donc exiger la délivrance immédiate de la maison, et moi le paiement du prix. Mais le contrat, et par suite les obligations qui en résultent, sont subordonnés à une condition résolutoire, qui est ici potestative de ma part, le remboursement du prix dans le délai convenu. Si j'effectue ce remboursement, la condition résolutoire étant accomplie, la vente sera *résolue,* c'est-à-dire qu'elle sera censée n'avoir jamais existé; par suite vous serez considéré comme n'ayant jamais été propriétaire de la maison, et moi comme n'ayant jamais cessé de l'être; vous devrez donc me la restituer. Si vous l'avez aliénée, je pourrai la revendiquer contre l'acquéreur auquel vous l'auriez livrée; car, votre droit de propriété étant résolu, l'aliénation que vous avez consentie tombe en vertu de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis,* de même que tous les autres droits réels, tels que servitude, usufruit, dont vous auriez pu la grever. Redevenu propriétaire avec effet rétroactif, je puis reprendre mon bien, partout où je le trouve, franc et quitte de toutes charges établies de votre chef; car, en droit, j'ai toujours été propriétaire, et vous ne l'avez jamais été.

942. L'événement, qui, dans un contrat translatif de propriété, forme une condition résolutoire du droit de l'une des parties sur la chose dont la propriété est transférée, constitue toujours, quoi qu'on en ait dit, une condition suspensive du droit de l'autre sur cette même chose, et réciproquement. C'est ce que l'on aperçoit fort bien dans l'exemple de la vente à *réméré* cité tout à l'heure. Quelle est la situation des parties *pendente conditione?* L'acheteur est propriétaire; mais son droit sera résolu, *si le vendeur rembourse le prix dans le délai convenu.* Et le vendeur? Il n'est pas propriétaire; mais il le deviendra avec effet rétroactif, *s'il rembourse le prix dans le délai convenu.* Le même événement forme donc une condition suspensive du droit de propriété du vendeur et une condition résolutoire du droit de propriété de l'acheteur; l'un est propriétaire sous condition suspensive, l'autre, sous condition résolutoire. De là résultent deux conséquences importantes:

1° *Pendente conditione,* le vendeur et l'acheteur peuvent l'un et l'autre accomplir sur la chose des actes de disposition, la vendre, l'hypothéquer, la grever de droits réels. Mais, bien entendu, le sort de ces actes sera subordonné à celui du droit appartenant au constituant. Si le *réméré* est exercé dans le délai convenu, le vendeur étant

censé avoir toujours été propriétaire, les droits établis de son chef tiendront, tandis que ceux établis du chef de l'acheteur tomberont, ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure. Si au contraire la condition résolutoire vient à défaillir, c'est-à-dire si le délai du réméré expire sans qu'il soit exercé, c'est l'inverse qui se produira : les droits consentis par l'acheteur ou établis de son chef tiendront, tandis que ceux établis du chef du vendeur tomberont. Tout cela n'est qu'une conséquence de cette règle de droit et de raison : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Cpr. art. 2125;

2° Les risques de la chose aliénée sous une condition résolutoire sont à la charge de l'acquéreur; car il en est débiteur sous une condition suspensive (arg. art. 1182). Il y a toutefois une grave controverse sur ce point.

N° 2. Du pacte commissoire.

943. On appelle pacte commissoire, *lex commissoria,* la clause par laquelle les parties conviennent que le contrat sera résolu si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait pas à son engagement. Ainsi je vous prête une somme de 20,000 fr. pour dix années avec intérêts à 5 °/₀ l'an, et je conviens avec vous que, si vous ne payez pas régulièrement les intérêts, le contrat sera résolu et que je pourrai exiger immédiatement le remboursement du capital. Le pacte commissoire n'est donc qu'une condition résolutoire d'une nature particulière.

En droit romain, le pacte commissoire ne pouvait être qu'exprès, c'est-à-dire qu'il exigeait nécessairement une déclaration expresse de volonté. Notre droit actuel admet en outre le pacte commissoire tacite, qui a été emprunté à notre ancien droit coutumier. Nous aurons donc à nous occuper successivement du pacte commissoire exprès et du pacte commissoire tacite; nous commencerons par ce dernier.

I. *Du pacte commissoire tacite.*

944. Le pacte commissoire tacite est réglementé par l'art. 1184, ainsi conçu : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans » les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne » satisfera point à son engagement. — Dans ce cas, le contrat n'est point » résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point » été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. — La résolution doit être demandée en justice, et il » peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ».

Ainsi la loi, interprétant la volonté des parties qui font un contrat *synallagmatique,* suppose qu'elles sont tacitement convenues que, si l'une d'entre elles n'exécute pas son engagement, l'autre aura le droit de demander la résolution du contrat; et elle déclare en conséquence que cette clause sera de plein droit sous-entendue dans le contrat. Tel est le pacte commissoire tacite. Il est fondé sur une considération d'équité : dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque

partie sert de cause à l'obligation de l'autre; cela posé, il a paru équitable que, si l'une des parties refuse de tenir son engagement, l'autre pût demander la résolution du contrat, soit pour se dispenser d'exécuter elle-même l'engagement dont elle est tenue, soit, si elle l'a déjà exécuté, pour obtenir la restitution de ce qu'elle a payé. Ainsi je vous ai vendu ma maison moyennant 100,000 fr.; quand vous viendrez me demander d'exécuter le contrat, c'est-à-dire de vous livrer la maison, je pourrai m'y refuser, si vous n'êtes pas prêt à payer immédiatement le prix; et si, vous ayant fait la tradition, je ne puis pas obtenir de vous le paiement du prix, je serai fondé à demander la résolution du contrat pour reprendre la maison. La loi suppose que tout cela est sous-entendu dans la convention; et en effet, c'est justice.

945. Nous allons indiquer maintenant les principaux traits caractéristiques de la résolution qui nous occupe.

1° La résolution, qui a sa source dans le pacte commissoire tacite, ne s'opère pas de plein droit, parce qu'autrement elle serait imposée à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté; or c'est seulement une faveur que la loi entend lui accorder, et dont elle est libre de ne pas user : elle peut, si elle le préfère (son intérêt le demandera souvent), exiger par les voies de droit l'exécution du contrat. La partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a donc une option à exercer : ce qui exclut la possibilité d'une résolution s'opérant de plein droit. La solution contraire aurait conduit d'ailleurs à ce résultat inouï : que l'une des parties aurait pu par sa seule volonté résoudre le contrat en refusant de l'exécuter. — Voyez toutefois une exception à cette règle dans l'art. 1657.

2° La résolution doit être demandée en justice; il ne suffirait donc pas que la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, manifestât à l'autre par acte extrajudiciaire sa volonté de résoudre le contrat. — Quel est l'office du juge saisi de la demande en résolution ? La loi en fait à un certain point de vue un ministre d'équité : ce qui est tout naturel, puisque c'est une considération d'équité qui a fait admettre la résolution sur laquelle il est appelé à statuer. Le juge est autorisé à accorder au défendeur un délai *suivant les circonstances,* expressions qui lui confèrent un pouvoir d'appréciation souverain relativement à la concession du délai. Mais là se borne la latitude qui lui est accordée. Si le débiteur laisse passer le délai de grâce, qui lui a été concédé, sans exécuter son engagement, le juge, saisi par une nouvelle demande, doit nécessairement prononcer la résolution (arg. art. 1655 *in fine*). Il le doit, alors même que l'engagement aurait été exécuté en partie; car, d'après l'art. 1184 al. 1, il y a lieu à la résolution qui nous occupe lorsque l'une des parties ne *satisfait* point

à son engagement, et ce n'est pas y satisfaire que de l'exécuter partiellement.

Dans la pratique, le juge, lorsqu'il use de la faculté que lui donne notre article d'accorder un délai de grâce au défendeur, prononce souvent par le même jugement la résolution du contrat, pour le cas où le défendeur n'exécuterait pas son engagement dans le délai fixé. Il épargne ainsi au créancier la nécessité de former à l'expiration du délai une nouvelle demande pour faire prononcer la résolution.

* La résolution, obtenue en vertu de l'art. 1184, ne devient irrévocable que lorsque la sentence judiciaire qui la prononce a acquis l'autorité définitive de la chose jugée : ce qui permettra souvent au débiteur d'échapper à la résolution en payant après l'expiration du délai de grâce qui lui a été concédé. Ainsi le juge, en accordant au défendeur un délai d'un mois, a prononcé la résolution du contrat pour le cas où il n'aurait pas satisfait à son engagement dans ce délai; le mois expiré, le défendeur interjette appel. Tout est remis en question, et le défendeur peut par conséquent payer encore utilement.

3° La partie, qui demande la résolution en vertu de l'art. 1184, a le droit de réclamer en outre des dommages et intérêts. En effet la résolution peut tout au plus replacer le demandeur dans la situation où il se trouverait s'il n'avait pas contracté; or cela ne suffit pas; il a le droit en outre d'être indemnisé du préjudice que lui cause l'inexécution du contrat, puisqu'il subit ce préjudice par la faute de l'autre partie. Il obtiendra cette indemnité sous forme de dommages et intérêts. Et ici une mise en demeure préalable n'est pas nécessaire, ou, si l'on veut, la mise en demeure résulte du seul fait de la demande en résolution. Cass., 29 novembre 1882, Sir., 84. 1. 311.

946. Différences entre la condition résolutoire expresse et la condition résolutoire de l'art. 1184 ou pacte commissoire tacite. — L'indication succincte de ces différences fournira le meilleur résumé que nous puissions présenter des explications que nous avons données jusqu'ici sur cette matière.

Première différence. La résolution résultant de la condition résolutoire expresse s'opère de plein droit, dès que la condition est réalisée; au contraire, la résolution qui a sa source dans le pacte commissoire tacite, ne peut résulter que d'une décision judiciaire qui la prononce; le juge, auquel elle est demandée, peut d'ailleurs accorder un délai de grâce au défendeur pour exécuter son engagement.

Deuxième différence. La résolution fondée sur le pacte commissoire tacite est subordonnée à la volonté de la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté; seule elle peut la demander; libre à elle, si elle le préfère, d'y renoncer et d'exiger l'exécution du contrat. Rien de pareil n'a lieu dans la condition résolutoire expresse; son accomplissement dépend de la réalisation de l'événement qui a été prévu par les parties contractantes; aussitôt que cet événement est

réalisé, le contrat est résolu de plein droit, et tout intéressé peut se prévaloir de la résolution.

Troisième différence. La résolution résultant d'une condition résolutoire expresse ne peut jamais donner lieu à des dommages et intérêts au profit de celle des parties à qui elle préjudicie, car elle est une loi du contrat; elle ne peut être imputée à faute à aucune des deux parties, puisqu'elle se produit en vertu de leur volonté commune. Au contraire, la résolution qui a sa source dans l'art. 1184, peut être accompagnée d'une condamnation à des dommages et intérêts, qui en forme l'appoint.

947. D'ailleurs, la résolution prononcée par application de l'art. 1184 rétroagit, de même que celle qui résulte d'une condition résolutoire expresse accomplie (arg. art. 1179). Il s'ensuit que si cette résolution s'applique à une obligation qui a transféré un droit de propriété, l'acquéreur sera censé n'avoir jamais été propriétaire, et par suite tous les droits par lui consentis sur la chose seront anéantis en vertu de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis;* l'aliénateur pourra donc revendiquer sa chose entre les mains du détenteur, quel qu'il soit. On voit qu'il n'est nullement nécessaire pour expliquer ce résultat de dire, comme le font quelques auteurs, que l'action en résolution est *personnelle-réelle,* ou, ce qui est à peu près équivalent, quoique l'expression soit un peu adoucie, qu'elle est *personalis in rem scripta.* Comme le dit fort bien M. Laurent, une action personnelle-réelle est une sorte de monstre juridique. L'action en résolution est *personnelle :* cela ne nous paraît pas douteux; seulement, lorsqu'elle réussit, le détenteur est considéré, en vertu de l'effet rétroactif dont il a été parlé tout à l'heure, comme n'ayant jamais été propriétaire, et l'aliénateur comme l'ayant toujours été : ce qui permet à ce dernier de reprendre son bien là où il le trouve. Toutefois, pour que l'action en revendication de l'aliénateur réussisse contre les tiers détenteurs, il faut que la sentence judiciaire qui lui donne naissance, c'est-à-dire le jugement qui prononce la résolution, leur soit opposable; et de là il résulte que l'aliénateur, qui demande la résolution contre son acquéreur, fera prudemment de mettre en cause les tiers détenteurs du bien, afin que, lorsque l'action en revendication sera exercée contre eux, ils ne puissent pas contester le droit de propriété du revendiquant en lui opposant la maxime *Res inter alios judicata aliis non nocet.*

* **948.** L'action en résolution, fondée sur le pacte commissoire tacite, dure trente ans contre l'acquéreur (arg. art. 2262). Quant à l'action en revendication contre le tiers détenteur, elle peut être utilement intentée tant que la prescription acquisitive ou usucapion ne s'est pas accomplie à son profit; elle s'accomplirait d'ailleurs, suivant les règles du droit commun, par dix à vingt ans de possession dans l'hypothèse prévue par l'art. 2265, et, en dehors de cette hypothèse, par trente ans. Au cas particulier où il s'agirait d'un objet mobilier corporel, l'action en revendication de l'aliénateur viendra la plupart du temps se briser contre l'écueil de l'art. 2279, qui consacre la règle *En fait de meubles possession vaut titre.*

949. Observation. — L'art. 1184 contient une interprétation législative de la volonté des parties contractantes; en l'absence de ce texte, le pacte commissoire tacite n'aurait pas pu être considéré comme sous-entendu dans la convention. Par sa nature même, cette disposition comporte donc l'interprétation restrictive. De là nous conclurons qu'elle est inapplicable aux contrats unilatéraux, la loi ne parlant que des contrats synallagmatiques. Nous la croyons inapplicable également aux contrats, dits synallagmatiques imparfaits, qui doivent être assimilés dans notre droit aux contrats unilatéraux (*supra* n. 788). La question est controversée.

II. *Du pacte commissoire exprès.*

950. Le pacte commissoire exprès est celui qui résulte d'une stipulation expresse des parties. Son utilité apparaît dans les contrats unilatéraux ; car le pacte commissoire tacite n'y est pas sous-entendu. Voyez l'exemple cité au n. 943 pour le prêt à intérêt. Elle peut apparaître aussi dans un contrat synallagmatique, si les parties veulent modifier les effets du pacte commissoire tacite tel qu'il est établi par l'art. 1184.

Les effets du pacte commissoire exprès varient suivant les termes dans lesquels il est conçu, tout en cette matière dépendant de la volonté des parties. Dans la pratique des affaires, on le rencontre sous l'une des trois variantes qui suivent :

1° Le pacte commissoire se borne à reproduire la formule de l'art. 1184 al. 1, ou toute autre équivalente. — S'il s'agit d'une convention synallagmatique, la situation des parties reste exactement la même que si elles n'avaient fait aucune stipulation relativement à la résolution : l'acte contient une clause surabondante, en tant qu'il exprime purement et simplement ce que la loi y sous-entend. — S'il s'agit d'un contrat unilatéral, nous pensons que la clause confère au créancier tous les droits et seulement les droits résultant de l'art. 1184. En reproduisant la formule de ce texte, les parties ont vraisemblablement voulu rendre applicable au contrat unilatéral qu'elles ont passé la disposition que la loi sous-entend dans les contrats synallagmatiques seulement.

2° Le pacte commissoire porte que le contrat sera résolu *de plein droit,* si l'une des parties ne satisfait point à son engagement. — Que les contractants aient entendu, par cette clause, modifier les effets du pacte commissoire tel qu'il est réglé par l'art. 1184, c'est incontestable ; ils en ont le droit, car nous ne sommes pas ici en présence d'une de ces dispositions d'ordre public, auxquelles la convention des parties ne peut déroger. La difficulté est de savoir quelle est la portée de la dérogation. Il paraît certain que les contractants ont entendu exclure l'intervention de la justice : la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, n'aura donc pas besoin de recourir à elle pour faire prononcer la résolution, et par suite il ne pourra être question pour le débiteur d'obtenir un délai. Faut-il dire alors que l'inexécution par le débiteur de son engagement produira le même effet qu'une condition résolutoire ordinaire, c'est-à-dire qu'elle entraînera la résolution de plein droit et sans que le créancier ait à manifester sa volonté à cet égard ? Il paraît impossible de l'admettre ; car la clause reviendrait à ceci : le débiteur sera libre de ne point exécuter son engagement, et le créancier n'aura aucun moyen de l'y contraindre. Assurément, en stipulant que le contrat sera résolu de plein droit, si le débiteur ne satisfait point à son engagement, le créancier n'entend pas renoncer au droit d'exiger l'exécution de l'obligation par les voies de droit, s'il y trouve son intérêt. Il faut donc dire que la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, conserve le droit d'opter entre l'exécution du contrat et sa résolution. Si elle préfère la résolution, elle manifestera sa volonté à cet égard par une simple sommation adressée au débiteur, et cela suffira pour que le contrat soit résolu. C'est du moins ce qui nous paraît résulter par argument de l'art. 1656, qui, à notre avis, contient une application des règles du droit commun sur la demeure, et non, comme on l'a prétendu, une exception à ces règles. D'après un arrêt de la cour de cassation du 29 novembre 1886, Sir., 87. 1. 63, une sommation ne serait même pas nécessaire pour que la résiliation fût encourue.

3° Il est dit dans le pacte commissoire, qu'en cas d'inexécution la résolution aura

lieu *de plein droit et sans sommation.* — Alors il faut bien admettre que le simple fait de l'inexécution par le débiteur de son engagement aura pour résultat de résoudre le contrat sans que le créancier ait à manifester sa volonté à cet égard, puisque cela est dit dans l'acte. Cette clause sera nécessairement rare, car elle laisse au débiteur la faculté de résoudre le contrat par sa seule volonté. Voici un cas dans lequel on comprendrait qu'elle pût se produire : Je vous vends ma maison moyennant 100,000 fr., sur lesquels vous me payez 25,000 fr. comptant, et nous convenons que, si, dans un délai d'un an, vous ne payez pas les 75,000 fr. restant, le contrat sera résolu *de plein droit et sans sommation,* et que je garderai à titre de dommages et intérêts les 25,000 fr. déjà payés. Cpr. Cass., 29 novembre 1886, Sir., 87. 1. 63.

SECTION II

DES OBLIGATIONS A TERME

951. Le terme, *dies,* est, dit Pothier, un espace de temps accordé au débiteur pour s'acquitter de son obligation.

On a remarqué avec raison que la définition de Pothier est trop restrictive, en tant qu'elle représente le terme comme un droit établi en faveur du débiteur; car il peut aussi, comme on le verra bientôt, être stipulé en faveur du créancier. L'art. 1185 ne prête pas à la même critique; il se borne à dire que le terme suspend l'exécution de l'engagement, sans indiquer au profit de qui. Pour le moment, nous supposerons que le terme a été stipulé en faveur du débiteur, ce qui est le cas ordinaire.

Tant que le terme n'est pas expiré, le débiteur ne peut être contraint de payer. Le créancier ne peut même exercer aucun acte de rigueur contre lui, si ce n'est le lendemain de l'échéance du terme; car le jour de l'échéance appartient *tout entier* au débiteur, *totus is dies arbitrio solventis tribui debet.* Tant que la dernière minute de la dernière heure du dernier jour du terme n'est pas expirée, le débiteur est dans le délai; il n'est pas encore en retard, et par conséquent le créancier n'a pas le droit d'agir contre lui.

952. Le terme est certain ou incertain, suivant que l'époque à laquelle il doit arriver est connue ou inconnue. Ainsi le terme est certain, si j'ai dit : « Je paierai *dans deux ans* »; incertain, si j'ai dit : « Je paierai *à la mort de Paul* ».

L'événement qui serait incertain non seulement quant à l'époque de sa réalisation mais quant à sa réalisation elle-même, constituerait une condition, et non un terme. Ainsi je promets de vous payer une certaine somme, QUAND *je me marierai;* c'est un engagement conditionnel, bien que la formule paraisse annoncer un engagement à terme.

953. Différences entre le terme et la condition. — « *Le terme* » *diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont* » *il retarde seulement l'exécution* » (art. 1185). Le terme affecte donc seulement l'*exécution* de l'obligation, tandis que la condition affecte son *existence* même. L'obligation sous condition suspensive n'existe

pas tant que la condition n'est pas réalisée, *pendente conditione nondum debetur;* au contraire l'obligation à terme existe immédiatement, l'exécution seule est différée, *statim quidem debetur, sed peti priusquam dies venerit non potest.* Par où l'on voit que l'axiome *Qui a terme ne doit rien* exprime une contre-vérité, si on le prend à la lettre; il faut l'entendre en ce sens que celui qui a terme ne peut pas être forcé de payer avant l'échéance du terme, mais il est immédiatement débiteur.

Telle est la différence fondamentale entre la condition et le terme; elle en engendre deux autres :

1° Les risques de la chose due à terme (en supposant que ce soit un corps certain) sont à la charge du créancier (art. 1138 et *supra* n. 882). Au contraire, les risques de la chose due sous condition sont pour le compte du débiteur;

2° Ce qui a été payé par erreur avant la réalisation de la condition peut être répété ; en effet les règles du droit commun accordent l'action en répétition (*condictio indebiti*) à toute personne qui fait par erreur un *paiement indû* (art. 1377); or telle est la situation de celui qui a payé ce qu'il ne devait pas encore, car *pendente conditione nondum debetur;* il pourra donc *répéter* (de *repetere,* redemander). Au contraire le débiteur, qui paie avant l'échéance du terme, n'est pas admis à la répétition; car il n'a pas fait un paiement indû, il a payé ce qu'il devait, le terme n'empêchant pas l'obligation d'exister immédiatement. « *Ce qui n'est dû qu'à terme* », dit l'art. 1186, « *ne peut être* » *exigé avant l'échéance du terme ; mais ce qui a été payé d'avance, ne* » *peut être répété* ».

* **954.** Que le débiteur ne puisse être admis à la répétition de ce qu'il a payé avant l'échéance du terme, lorsqu'il a fait le paiement *sciemment,* c'est-à-dire en connaissance de cause, sachant bien qu'il avait droit à un terme et qu'il ne pouvait être tenu de payer qu'à son échéance, c'est un point incontestable. Ce qui ne l'est guère moins, à notre avis, c'est que l'art. 1186 ne statue pas en vue de cette hypothèse; car autrement sa disposition serait d'une inutilité manifeste. La *condictio indebiti* suppose un paiement fait par erreur d'une chose indue (art. 1377) ; or ici il n'y a pas d'erreur de la part du *solvens,* et ce qu'il paie est dû. Les règles du droit commun disaient donc deux fois pour une qu'il ne peut pas répéter.

D'après cela, nous tenons pour absolument certain que l'art. 1186 suppose un paiement fait *par erreur* avant l'échéance du terme. La seule difficulté à notre avis est de savoir de quoi il interdit la répétition dans cette hypothèse : est-ce seulement de la chose qui a été payée? ou bien est-ce en outre de la jouissance de cette chose depuis le jour du paiement jusqu'à l'expiration du terme? Ainsi, sur la présentation d'un testament contenant un legs pur et simple d'une somme de 20,000 fr., l'héritier du testateur paie immédiatement le légataire, ignorant l'existence d'un codicille que l'on trouve plus tard et qui lui accorde un terme de dix ans pour le paiement du legs. L'héritier ne pourra pas répéter le capital qu'il a payé. Cela paraît certain ; car, si le paiement a été fait *par erreur,* il ne l'a pas été *indûment;* or ces deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu à la répétition; et d'ailleurs l'art. 1186 dit que *ce qui a été payé* d'avance ne peut être répété. Mais, si l'héritier ne

peut pas répéter le capital, ne pourra-t-il pas au moins en répéter l'escompte, *interusurium,* depuis le jour du paiement jusqu'à celui de l'échéance du terme ? On ne peut se dissimuler qu'il existe en faveur de l'affirmative de puissantes considérations d'équité. D'un autre côté, sur le terrain des principes, on peut dire que celui qui paie avant l'échéance du terme paie en réalité plus qu'il ne doit S'il est vrai de dire : *minus solvit qui tardius solvit,* il est vrai aussi en sens inverse que *plus solvit qui ante diem solvit :* le débiteur paie en sus de ce qu'il doit la jouissance dont il se prive et dont il fait bénéficier le créancier; il doit donc pouvoir répéter, d'après les règles du droit commun, une somme égale à l'avantage que représente cette jouissance. — Mais la question est précisément de savoir si l'art. 1186 n'est pas venu déroger ici aux règles du droit commun, en refusant une répétition qu'elles auraient autorisée. Or l'affirmative nous paraît résulter des considérations suivantes. D'abord l'art. 1186 ne fait aucune distinction; il dit dans des termes absolus : « ce qui a été » payé d'avance, ne peut être répété ». Il y avait d'ailleurs de bonnes raisons pour établir cette dérogation. En effet la répétition de l'avantage procuré au créancier par l'anticipation de jouissance aurait été dans une foule de cas la source de difficultés et par suite de procès; car, si l'on a une base pour apprécier cet avantage quand il s'agit d'une somme d'argent, cette base fait défaut dans toutes les autres hypothèses. Enfin, si l'on entend l'art. 1186 comme refusant seulement au débiteur le droit de répéter le capital, on en fait une disposition complètement inutile; car, le capital étant dû avant l'échéance du terme, les règles du droit commun suffisaient pour en interdire la répétition.

955. Diverses espèces de termes. — On en distingue deux : le terme de droit et le terme de grâce.

a. Le terme *de droit* est ainsi nommé, parce qu'il constitue pour celui auquel il appartient un droit, et non une faveur individuelle. Il peut être légal ou conventionnel.

Légal, lorsqu'il résulte d'une disposition législative. On peut citer comme exemple les délais que divers décrets, rendus en 1870 et en 1871, accordèrent aux locataires habitant le département de la Seine pour le paiement de leurs loyers.

Conventionnel, lorsqu'il résulte de la convention des parties. Le terme conventionnel peut être exprès ou tacite. Il est exprès, quand il résulte d'une clause expresse de la convention; tacite, lorsqu'il est sous-entendu : comme si je vous vends aujourd'hui, livrable à Bordeaux, un chien de chasse que je déclare se trouver dans une maison de campagne située à 100 kilomètres de cette ville; il est tacitement convenu que vous me donnerez le temps nécessaire pour transporter l'animal à Bordeaux.

b. Le terme *de grâce* est ainsi nommé, parce qu'il constitue pour le débiteur une faveur individuelle qui peut lui être refusée; c'est celui que le juge est autorisé dans certains cas à accorder au débiteur. Nous en avons trouvé un exemple dans l'art. 1184 al. 3. Nous en trouverons d'autres dans les art. 1244, 1655 et 1900.

Les dispositions qui suivent ne sont en général applicables qu'au terme conventionnel.

956. En faveur de qui le terme est établi. — On lit à ce sujet dans l'art. 1187 : « *Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du » débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, » qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier* ».

Le plus souvent le terme est stipulé en faveur du débiteur; et, comme la loi présume volontiers ce qui a lieu ordinairement, *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit,* notre article dispose que le terme est toujours *présumé* stipulé en faveur du débiteur.

Exceptionnellement le terme est quelquefois stipulé en faveur du créancier. Quand la convention le dit, il n'y a pas de doute. Mais cela peut résulter aussi de la nature du contrat ou des circonstances. — *De la nature du contrat,* par exemple s'il s'agit d'un dépôt. Le dépositaire n'ayant aucun intérêt à conserver pendant un certain temps la chose déposée, puisqu'il n'a pas le droit de s'en servir (art. 1930) et qu'il ne reçoit aucun salaire (art. 1917), il est clair que le terme, qui a été fixé pour la restitution du dépôt, n'a pu être stipulé qu'en faveur du déposant, du créancier par conséquent. — *Des circonstances :* ainsi j'achète au mois de juin un chien couchant *livrable le jour de l'ouverture de la chasse;* il est clair que le terme fixé pour la livraison a été stipulé dans mon intérêt; j'ai voulu, jusqu'au jour de l'ouverture, m'exonérer des frais de la nourriture et des ennuis de la garde d'un animal dont je ne puis pas encore me servir.

Quelquefois enfin le terme est stipulé pour l'avantage du créancier et du débiteur tout à la fois. C'est ce qui a lieu ordinairement dans le prêt à intérêt; car, si d'une part le débiteur est intéressé à pouvoir conserver la jouissance du capital prêté jusqu'à l'expiration du terme fixé, le créancier peut avoir intérêt de son côté à ne pas être remboursé avant l'échéance, parce qu'il ne trouverait peut-être pas de ses fonds un placement aussi profitable. De même, en matière commerciale, le terme, fixé pour le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur et du créancier tout à la fois. En effet, si les commerçants ont intérêt à ne pouvoir être forcés de payer leurs dettes avant l'échéance, ils ont intérêt aussi à ne pas être obligés de recevoir ce qui leur est dû avant le terme fixé. Un commerçant règle ordinairement l'emploi de ses fonds d'après ses échéances, et un paiement anticipé peut lui être préjudiciable, en ce sens qu'il lui fait supporter pendant un certain temps les risques d'un capital dont il n'a pas l'emploi.

Lorsque le terme a été stipulé en faveur du débiteur seul, ce qui a lieu ordinairement et ce que la loi présume dans le doute, le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme et forcer le créancier à recevoir avant l'échéance. Si le terme a été stipulé au profit du créancier seul,

il peut y renoncer et forcer le débiteur à payer avant l'échéance : ainsi le déposant peut exiger la restitution du dépôt avant l'expiration du délai fixé. Enfin, si le terme a été stipulé en faveur des deux parties, chacune peut en revendiquer le bénéfice, et par conséquent leur consentement mutuel est nécessaire pour que le paiement puisse être fait valablement avant l'échéance du terme.

957. Déchéance du terme. — « *Le débiteur ne peut plus réclamer » le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il » a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créan- » cier* » (art. 1188).

Le débiteur est donc déchu du bénéfice du terme dans deux cas :

1° Lorsqu'il a fait faillite. La faillite est l'état d'un *commerçant* qui cesse ses paiements (C. co. art. 437). Pourquoi la faillite du débiteur lui fait-elle perdre le bénéfice du terme? Pothier va nous le dire : « Le terme que le créancier accorde au débiteur est censé avoir pour fondement la confiance en sa solvabilité; lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme cesse ». Il y en a une autre raison, et peut-être plus puissante : l'exigibilité des dettes non échues du failli a paru indispensable pour faciliter la liquidation générale que la faillite rend nécessaire.

Suffit-il que le débiteur ait fait faillite, c'est-à-dire qu'il ait cessé ses paiements, en le supposant commerçant, pour qu'il soit déchu du bénéfice du terme? L'art. 1188 semble répondre affirmativement; mais il nous paraît contredit sur ce point par l'art. 444 al. 1 du code de commerce, aux termes duquel : « *Le jugement déclaratif » de faillite* rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues ». Si le jugement déclaratif de la faillite, qui est nécessairement postérieur à la faillite, *rend* exigibles les dettes non échues du failli, c'est donc qu'elles ne l'étaient pas auparavant. Il faut s'en tenir à la décision de l'art. 444 du code de commerce, qui l'emporte, comme étant de date plus récente, sur l'art. 1188 du code civil.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre qu'il y a lieu d'assimiler ici la *déconfiture* du débiteur à sa faillite. La déconfiture est l'état d'un non commerçant dont le passif excède l'actif. Nous disons qu'elle fait perdre au débiteur le bénéfice du terme, comme la faillite. Il y a en effet même raison de décider dans les deux cas. Les motifs, sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 1188, se représentent même avec plus d'énergie au cas de déconfiture qu'au cas de faillite; car un débiteur en état de faillite peut ne pas être au-dessous de ses affaires (la faillite résulte du seul fait de la cessation des paiements, et on comprend que de simples embarras puissent forcer un commerçant dont l'actif excède le passif à cesser ses paiements), tandis que la déconfiture est l'insolvabilité certaine et constatée. A cette raison, qui ne serait peut-être pas suffisante (car l'art. 1188 établit une déchéance, et les déchéances ne s'étendent pas d'un cas à un autre, même en vertu d'un raisonnement *a fortiori*), vient se joindre un argument d'une très grande force, tiré de l'art. 1913, qui fait à la déconfiture une application particulière du principe de l'art. 1188, et précisément dans l'un des cas où cette application pouvait souffrir le plus de difficulté. Voyez cet article.

2° « *Lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données*

» *par le contrat à son créancier* ». Il ne s'agit pas du cas où le débiteur d'une créance à terme compromet par son fait le droit de gage général qui appartient à son créancier sur tous ses biens en vertu de l'art. 2092, mais du cas où ce débiteur, ayant donné *par le contrat* des sûretés particulières à son créancier, les diminue par sa faute ou par son fait. Ainsi le débiteur avait donné par le contrat à son créancier une hypothèque sur sa maison ou sur son domaine, et voilà qu'il démolit la maison, ou fait abattre une futaie qui doublait la valeur du domaine. Il perdra le bénéfice du terme; car il ne lui avait été accordé qu'en considération des sûretés fournies, et par conséquent sous cette condition implicite qu'il ne les diminuerait pas.

La jurisprudence et les auteurs admettent que le fait par le débiteur de ne pas fournir les sûretés qu'il a promises par le contrat doit être assimilé à la diminution des sûretés promises, et entraîne par suite la déchéance établie par l'art. 1188.

* **958.** Que décider, si le débiteur diminue par son fait la sûreté résultant pour le créancier d'un privilège? Les auteurs décident que l'art. 1188 recevra son application, et que par conséquent la créance deviendra immédiatement exigible. A quoi M. Laurent objecte (t. 17 n. 202) que l'art. 1188 établit une déchéance, et qu'on ne peut pas étendre sa disposition du cas qu'il prévoit à un cas différent; or c'est ce que l'on fait en l'appliquant à la diminution d'une sûreté établie par la loi (le privilège ne peut pas résulter de la convention des parties), tandis qu'il parle seulement de la diminution d'une sûreté que le débiteur a *donnée par le contrat* à son créancier. Nous croyons que la question doit se résoudre par une distinction. Il y a au moins un privilège qui résulte de la convention des parties, c'est celui qu'engendre le gage; nous ne doutons pas que, si le débiteur diminuait par son fait la valeur d'un objet qu'il aurait donné en gage à son créancier par le contrat, il perdrait le bénéfice du terme; on serait ici, non seulement dans l'esprit, mais aussi dans la lettre de l'art. 1188. Nous en dirions autant, si le débiteur avait diminué par son fait la sûreté résultant d'un privilège établi par la loi sur le fondement d'une convention tacite qu'elle suppose intervenue entre les parties au moment du contrat, tel que le privilège du vendeur. En définitive, un semblable privilège résulte du contrat; c'est donc une sûreté donnée par le contrat. D'ailleurs cette sûreté, quoique légale, revêt encore un caractère conventionnel, en ce sens que les parties pourraient l'écarter par leur convention, et que, lorsqu'elles ne l'ont pas fait, le privilège est, sinon créé, tout au moins confirmé par leur volonté. Mais nous donnerions une solution différente pour les privilèges, qui ne peuvent pas être considérés comme ayant leur fondement dans une convention tacite : tels sont les privilèges de l'art. 2101. On ne peut pas dire que ces privilèges constituent une sûreté *donnée par le contrat,* et par suite l'art. 1188 devient inapplicable.

959. Notons en terminant que l'art. 124 du code de procédure civile n'est relatif qu'au terme de grâce; les causes de déchéance qu'il indique sont donc inapplicables au terme conventionnel.

SECTION III

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES

960. L'obligation *alternative* est celle qui comprend deux choses, ou mieux deux prestations, sous une alternative, de sorte que le débiteur n'est tenu d'effectuer que l'une d'elles. « *Le débiteur d'une obligation* » *alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui* » *étaient comprises dans l'obligation* », dit l'art. 1189. *Alterius solutio totam obligationem interimit.* Par exemple, je constitue à ma fille par son contrat de mariage une dot payable au bout de cinq ans et consistant *en une somme de* 200,000 *fr.* ou *en terres d'égale valeur;* je ne devrai payer que l'une des deux choses.

A l'obligation *alternative* on oppose l'obligation *conjonctive,* qui comprend diverses prestations dues cumulativement, et non disjonctivement : comme si un testateur a légué à une même personne sa maison ET une somme de 20,000 fr.; l'héritier sera tenu d'une double prestation, il devra délivrer au légataire la maison et en outre lui payer les 20,000 fr.

La particule disjonctive OU est caractéristique de l'obligation alternative, la conjonctive ET, de l'obligation conjonctive.

D'ailleurs l'obligation alternative peut comprendre plus de deux prestations; cette complication n'amènerait aucun changement dans les règles à appliquer. « *Les mêmes principes* », dit l'art. 1196, « *s'ap-* » *pliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obliga-* » *tion alternative* ».

Le code de la Convention ne contenait sur les obligations alternatives que la disposition suivante : « Celui qui s'est obligé à livrer de deux choses l'une, est maître du choix. Si l'une des deux périt, il doit livrer l'autre ». C'était peut-être suffisant. Le code civil au contraire a traité cette matière avec un grand luxe de détails. Il a surtout, relativement aux risques, minutieusement examiné des questions que la pratique ignore. V. les art. 1193 à 1195. A quoi ces textes servent-ils donc? A entretenir des controverses d'école. Nous votons pour leur suppression le jour on l'on entreprendra la refonte de nos lois civiles. L'espace est précieux dans les codes, il faut le ménager. Il est précieux aussi dans les livres élémentaires; aussi serons-nous très sobres de détails sur cette matière.

961. Aux termes de l'art. 1190 : « *Le choix appartient au débiteur,* » *s'il n'a pas été expressément accordé au créancier* ». Ce n'est qu'une conséquence du principe écrit en l'art. 1162 : dans le doute, la loi prononce en faveur du débiteur.

L'art. 1191 ajoute : « *Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une* » *des deux choses promises; mais il ne peut pas forcer le créancier à* » *recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre* ». Ainsi je vous ai promis 20 hectares de terre ou 20,000 fr.; je ne pourrai pas vous forcer à accepter 10 hectares de terre et 10,000 fr.; ce serait déna-

turer l'obligation, en vertu de laquelle je suis tenu de l'une des deux prestations, et non de chacune pour partie.

« *L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière* » *alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet* » [lisez l'OBJET] *de l'obligation* » (art. 1192). Ainsi vous m'avez promis sous une alternative deux choses dont l'une m'appartient (c'est l'un des exemples proposés par Pothier); l'obligation est pure et simple, c'est-à-dire qu'elle a exclusivement pour objet la chose qui ne m'appartient pas; car celle qui m'appartient ne peut pas faire l'objet d'une obligation contractée envers moi de m'en transférer la propriété, *quum res sua nemini deberi possit.*

962. Des risques dans l'obligation alternative. — Ainsi que nous l'avons annoncé, nous nous bornons à transcrire les textes qui régissent cette matière, en les donnant pour ce qu'ils valent, c'est-à-dire pour peu de chose.

ART. 1193. *L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place. — Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière.*

ART. 1194. *Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier, — Ou l'une des choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe ; — Ou les deux choses sont péries; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix.*

ART. 1195. *Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302.*

963. Différences entre l'obligation alternative et l'obligation facultative. — Une obligation est dite *facultative,* lorsqu'elle ne comprend qu'une seule prestation, mais avec *faculté* pour le débiteur de se libérer en accomplissant une autre prestation. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue à Paul dix hectares de terre à prendre dans mon domaine de N.; cependant je laisse à mon héritier la faculté de se libérer envers le légataire en lui payant à la place une somme de 10,000 fr. ». L'héritier n'est tenu que d'une seule prestation, une seule chose est due par lui, et le légataire ne peut réclamer que celle-là, les dix hectares de terre; mais l'héritier a la *faculté* de se libérer en payant une autre chose, *aliud pro alio,* une somme de 10,000 fr.

Les testaments sont dans la pratique la source la plus féconde des obligations facultatives. Le code civil nous offre cependant deux exemples d'obligations de cette espèce, résultant d'un contrat, le premier dans l'art. 891, qui nous est déjà connu, le deuxième dans l'art. 1681, ainsi conçu : « Dans le cas où l'action en rescision est » admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a » payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduc- » tion du dixième du prix total. — Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa

» garantie contre son vendeur ». Il s'agit de la rescision de la vente d'immeubles pour lésion de plus des sept douzièmes. La rescision une fois prononcée, l'acheteur doit restituer l'immeuble au vendeur, en retirant le prix s'il l'a payé; mais il peut se soustraire à cette obligation en payant le supplément du juste prix sous une certaine déduction. L'acheteur est donc tenu d'une obligation facultative : il doit l'immeuble, car, la vente étant rescindée, il le détient sans cause; mais il a la faculté de se libérer en payant une somme d'argent.

Le droit commercial offre aussi un exemple remarquable d'obligation facultative dans l'hypothèse du refus d'acceptation d'une lettre de change. Le tireur et les endosseurs sont alors obligés envers le porteur de lui donner caution pour assurer le paiement de la traite à son échéance, si mieux ils n'aiment en effectuer immédiatement le remboursement avec les frais résultant du défaut d'acceptation (C. co. art. 120).

On voit la différence qui existe entre l'obligation alternative et l'obligation facultative. Dans l'obligation alternative, il y a deux choses également dues, sous une alternative il est vrai, *duo sunt in obligatione;* chacune est due sous la condition qu'elle sera choisie. Dans l'obligation *facultative,* au contraire, une seule chose est due, *una est in obligatione;* l'autre peut être payée à la place, mais elle n'est pas due, elle est seulement *in* FACULTATE *solutionis :* d'où le nom d'obligation *facultative,* que Delvincourt a le premier donné à cette obligation et qui lui est resté.

Telle est la différence fondamentale entre l'obligation alternative et l'obligation facultative; les autres n'en sont qu'une déduction; nous signalerons les suivantes :

1° La nature mobilière ou immobilière de l'obligation facultative se détermine en considérant exclusivement la chose qui est *in obligatione,* sans se préoccuper de celle qui est *in facultate solutionis.* Ainsi l'obligation facultative dont parle l'art. 1681 est immobilière, parce que la chose qui est *in obligatione* est un immeuble; et l'obligation conservera ce caractère, alors même que le débiteur, usant de la faculté qui lui appartient, paierait le supplément du juste prix. Au contraire, la nature mobilière ou immobilière d'une obligation alternative se détermine d'après la chose qui sera payée; car chaque chose est due sous la condition qu'elle sera choisie, et la condition accomplie a un effet rétroactif au jour de l'engagement. Quand par exemple je vous dois dix hectares de terre ou 10,000 fr., l'obligation sera considérée comme ayant toujours été immobilière, si je paie les dix hectares de terre; elle sera considérée au contraire comme ayant toujours été mobilière, si je paie les 10,000 fr.;

2° Si l'une des deux choses comprises dans une obligation alternative n'est pas susceptible de faire l'objet d'une obligation, l'autre sera toujours due. Au contraire, une obligation facultative est nulle, si la chose qui est *in obligatione* n'est pas susceptible de faire l'objet d'une obligation, alors même que l'autre le serait;

3° Dans l'obligation facultative, la perte de la chose qui est *in obligatione,* survenue par cas fortuit et avant la mise en demeure du débiteur, suffit pour qu'il soit libéré; car il ne doit que cette chose. Au contraire, le débiteur d'une obligation alternative ne peut être libéré que par la perte fortuite des deux choses comprises dans l'obligation (art. 1195); si une seule est périe, il doit l'autre (art. 1193 al. 1);

4° Le créancier d'une obligation facultative ne doit comprendre dans la demande qu'il intente contre le débiteur que la chose qui est *in obligatione,* car celle-là seule lui est due, et sauf au débiteur à user de la faculté qui lui appartient de se libérer en payant l'autre. Au contraire, le créancier de deux choses, dues sous une alternative *au choix du débiteur,* doit comprendre les deux choses dans sa demande, il

doit demander *l'une ou l'autre;* autrement il exercerait le choix qui n'appartient qu'au débiteur.

SECTION IV

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

964. Le plus souvent, au moment où une obligation se forme, on ne trouve qu'un seul sujet actif (un seul créancier) et un seul sujet passif (un seul débiteur). Mais accidentellement il peut arriver qu'une même obligation prenne naissance au profit de plusieurs créanciers ou à la charge de plusieurs débiteurs. Aussi l'art. 1101 définit-il le contrat : « ... une convention par laquelle une *ou plusieurs* personnes s'obligent, » envers une *ou plusieurs* autres... ». On dit alors que l'obligation est *conjointe,* parce qu'elle existe à la charge de plusieurs conjointement ou au profit de plusieurs conjointement.

En principe, l'obligation conjointe se divise entre les divers créanciers ou entre les divers débiteurs (arg. art. 1220).

Entre les divers créanciers. Ainsi j'ai promis 20,000 fr. à Pierre et à Paul conjointement. La créance se divise entre eux, et elle se divise par portions *viriles,* c'est-à-dire égales, à moins que la convention n'en ait opéré la répartition d'une manière différente. Pierre sera donc créancier de 10,000 fr. et Paul de pareille somme; chacun ne pourra me poursuivre que pour 10,000 fr., et, si je payais le tout à un seul, je paierais mal en ce qui concerne la part revenant à l'autre, et je pourrais être obligé de la payer de nouveau en vertu de la règle *Qui paie mal paie deux fois.*

Entre les divers débiteurs. Ainsi Pierre et Paul ont promis conjointement de me payer 20,000 fr. La dette se divise entre eux, et par portions *viriles,* sauf convention contraire; chacun ne doit que 10,000 fr., et je ne puis demander que cette somme soit à l'un, soit à l'autre ; si l'un des deux est insolvable, l'autre ne répondra pas pour lui, *hoc cæteros non onerat.*

Ces règles reçoivent exception au cas de *solidarité.* La solidarité est un lien d'une nature particulière, existant soit entre les divers créanciers, soit entre les divers débiteurs d'une même obligation. Quand il existe entre créanciers, il porte le nom de solidarité *active;* on l'appelle au contraire solidarité *passive,* quand il existe entre débiteurs. Le principal effet de ce lien est d'empêcher la division de la créance ou de la dette entre les divers créanciers dans leurs rapports avec le débiteur, ou entre les divers débiteurs dans leurs rapports avec le créancier. Au cas de solidarité active, chacun des sujets actifs de l'obligation est créancier pour le tout, et peut par conséquent recevoir et même demander le paiement intégral, *solidum.* De même, au cas de solidarité passive, chacun des sujets passifs de l'obligation est

débiteur pour le tout, et peut être contraint de payer le tout, *solidum*. D'où les dénominations de *solidarité*, obligation *solidaire*. Ainsi, en reprenant nos exemples de tout à l'heure, si je dois 20,000 fr. à Pierre et à Paul et que le lien de la solidarité existe entre eux, je pourrai être obligé de payer le tout soit à l'un, soit à l'autre. Mais je serai libéré quand j'aurai payé à l'un des deux ; car, s'il y a plusieurs créanciers pour le tout, il n'y a qu'une seule créance, ou plutôt l'objet du droit des divers créanciers est le même, *una res vertitur*. De même, si Pierre et Paul me doivent solidairement 20,000 fr., je pourrai demander le paiement intégral soit à l'un, soit à l'autre, de sorte que l'insolvabilité de l'un retombera sur l'autre. Mais une fois que j'aurai été payé par l'un des deux, la dette sera éteinte ; car, s'il y a plusieurs débiteurs, il n'y a qu'une seule dette, ou plutôt la dette des divers débiteurs a le même objet, *una res vertitur*, et, si je me faisais payer deux fois, il y aurait double emploi.

De la langue du droit, le mot *solidarité* a passé dans la langue du monde. On dit par exemple qu'il y a *solidarité* d'honneur entre tous les membres d'une même famille : ce qui signifie qu'au point de vue de l'honneur, ils répondent tous les uns pour les autres. On dit de même que toutes les pièces d'un système sont *solidaires*, en ce sens que l'absence d'une seule empêche tout le système de fonctionner.

§ I. *De la solidarité entre les créanciers.*

965. « *L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le* » *titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paie-* » *ment du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère* » *le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et* » *divisible entre les divers créanciers* » (art. 1197). Ce texte, dont la disposition nous est déjà connue en partie par les explications qui précèdent, contient une définition de la solidarité entre créanciers. En outre, il nous apprend que cette solidarité ne peut résulter que du titre qui donne naissance à la créance, (convention ou testament) ; jamais la loi ne l'établit de plein droit, à la différence de la solidarité entre débiteurs. Les mots qui terminent l'article nous donnent à entendre qu'en règle générale celui des créanciers qui reçoit le paiement intégral de la créance n'a pas le droit de garder pour lui tout ce qu'il a reçu : il doit le partager avec ses cocréanciers. Dans quelle proportion ? Il y a lieu de s'en référer sur ce point au titre, S'il est muet, le partage doit s'opérer par portions viriles, c'est-à-dire égales.

A quel créancier le débiteur doit-il payer ? L'art. 1198 al. 1 répond : « *Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des* » *créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites*

» *de l'un d'eux* ». Donc, à partir du moment où le débiteur a été prévenu par les poursuites de l'un des créanciers, il ne peut plus valablement payer aux autres. On l'a vainement contesté; le texte est formel.

966. La solidarité active suppose entre les divers créanciers unis par ce lien une société, ou tout au moins une communauté d'intérêts. Comme associé, chaque créancier peut et doit agir dans l'intérêt commun; il a donc mandat de faire tout ce qui est avantageux à ses cocréanciers, mais non ce qui pourrait leur être préjudiciable.

Nous disons d'abord qu'il peut faire tout ce qui est susceptible d'améliorer la situation commune. L'art. 1199 contient une application de ce principe : « *Tout acte* » *qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite* » *aux autres créanciers* ». De même, il faut décider que la demande d'intérêts, formée par l'un des créanciers solidaires, fait courir les intérêts au profit des autres (arg. art. 1207).

En second lieu, les actes préjudiciables aux intérêts communs, qui seraient accomplis par l'un des créanciers, demeureraient sans effet à l'égard des autres, parce qu'ils sont en dehors du mandat que les intéressés se sont réciproquement donné. C'est à ce principe que se rattachent les dispositions des art. 1198 al. 2 et 1365 al. 2.

Le premier de ces textes porte : « *Néanmoins la remise qui n'est faite que par* » *l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créan-* » *cier* ». Ainsi Pierre et Paul sont créanciers solidaires d'une somme de 10,000 fr.; Pierre fait remise de la dette au débiteur, c'est-à-dire qu'il le libère de l'obligation de la payer. Cette remise n'éteindra la créance que pour la part qui appartient à Pierre, soit pour la moitié; Paul conservera donc le droit de réclamer le paiement de l'autre moitié.

Et voici maintenant la disposition de l'art. 1365 al. 2, qui est conçu tout à fait dans le même ordre d'idées; nous nous bornons pour le moment à la reproduire, sauf à la développer plus tard : « *Néanmoins le serment déféré par l'un des créan-* » *ciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier* ».

Le principe est général, et il comporte d'autres applications.

Nous n'en dirons pas plus long sur la solidarité entre créanciers. Elle paraît n'avoir aucune application en matière civile, et il ne s'en rencontre que d'assez rares exemples en matière commerciale. On se l'explique facilement. De tous les effets que produit la solidarité active, le plus important consiste dans le droit pour un seul créancier de toucher le montant intégral de la créance. Or ce résultat peut être obtenu à l'aide d'un mandat, et le mandat n'offre pas les inconvénients de la solidarité, notamment il est révocable et ne passe point aux héritiers. Nous passons donc de suite à la solidarité entre débiteurs, dont l'intérêt pratique est infiniment plus considérable.

§ II. *De la solidarité de la part des débiteurs.*

967. Je prête 20,000 fr. à Pierre et à Paul pour trois ans; nous convenons qu'à l'échéance je pourrai demander le tout soit à l'un, soit

à l'autre, comme s'il était seul débiteur, et que le paiement fait par l'un libérera l'autre. Pierre et Paul sont débiteurs solidaires. On voit de suite l'avantage que la solidarité (nos anciens disaient la *solidité*) procure au créancier : les débiteurs solidaires répondent les uns pour les autres, ils sont cautions les uns des autres, de sorte qu'il suffira que l'un d'eux soit solvable pour que le créancier ait la certitude d'être payé intégralement.

L'exemple qui précède va nous aider à saisir la définition qui se trouve dans l'art. 1200. « *Il y a solidarité de la part des débiteurs,* » *lorsqu'ils sont obligés à une même chose de manière que chacun puisse* » *être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère* » *les autres envers le créancier* ».

On a remarqué avec raison que cette définition conviendrait aussi bien à l'indivisibilité qu'à la solidarité, deux choses qu'il importe cependant de ne pas confondre. En effet, quand plusieurs débiteurs sont tenus d'une même obligation indivisible, il est littéralement vrai de dire, comme le fait l'art. 1200 pour le cas de plusieurs codébiteurs solidaires, que chacun peut être contraint pour la totalité et que le paiement fait par un seul libère tous les autres. Mais, dans l'obligation indivisible, la nécessité dans laquelle se trouve chaque débiteur de payer le total résulte de la nature même de l'obligation, qui n'est pas susceptible d'exécution partielle : chaque débiteur est tenu de payer le tout, non parce qu'il le doit, mais parce qu'il lui est impossible de payer pour partie; tandis que, dans l'obligation solidaire, chaque débiteur peut être contraint de payer le total, parce qu'il le *doit* comme s'il était seul débiteur. Dans le langage de l'école, on exprime cette différence en termes que nous trouvons assez peu satisfaisants, quoiqu'ils soient empruntés à Dumoulin. On dit que chacun des codébiteurs solidaires doit *totum et totaliter,* tandis que chacun de ceux qui ont contracté conjointement une même dette indivisible doit *totum,* mais non *totaliter*. Cpr. *infra* n. 1002.

968. L'obligation solidaire est unique quant à la prestation qui en forme l'objet, *una res vertitur,* mais multiple quant aux liens de droit qu'elle engendre; car il y a plusieurs débiteurs et par suite plusieurs engagements. On conçoit facilement que ces divers engagements puissent se distinguer les uns des autres par certaines nuances, par certaines variantes. C'est en effet ce que dit l'art. 1201 : « *L'obligation* » *peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment* » *de l'autre au paiement de la même chose; par exemple, si l'un n'est* » *obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est* » *pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à* » *l'autre* ».

N° 1. D'où peut résulter la solidarité passive.

969. « *La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressé-* » *ment stipulée. — Cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a* » *lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi* » (art. 1202).

La solidarité est une dérogation au droit commun, d'après lequel l'obligation contractée par plusieurs conjointement se divise entre les

débiteurs, et cette dérogation constitue une aggravation pour les débiteurs. Double motif pour ne pas la présumer. Il faut, dit notre article, qu'elle soit *expressément stipulée :* ce qui toutefois ne veut pas dire que le mot *solidarité* doive nécessairement être employé, car notre droit n'impose en aucun cas l'emploi de termes sacramentels.

Dans le silence de la loi, la solidarité demeure soumise aux règles du droit commun, en ce qui concerne la preuve. Ainsi son existence peut être établie par témoins ou par présomptions en matière n'excédant pas 150 fr., ou lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit. Cass., 7 juin 1882, Sir., 84. 1. 157.

D'ailleurs la solidarité peut résulter, non seulement d'une convention, mais aussi d'une disposition testamentaire; le mot *stipulé* est souvent employé par la loi *lato sensu.* Ainsi un testateur pourrait dire : « Je lègue 20,000 fr. à Pierre; mes trois héritiers seront tenus solidairement du paiement de ce legs ». Le testateur pourrait mettre le legs tout entier à la charge d'un seul de ses héritiers (arg. art. 1221-4°); à plus forte raison peut-il déclarer qu'ils en seront tous tenus solidairement : ce qui est moins onéreux, puisque celui qui sera forcé de payer aura un recours contre les autres pour leur part (*infra* n. 983).

Il résulte de l'alinéa 2 de notre article que, dans certains cas, la solidarité est établie de plein droit par la loi. Les cas de solidarité légale sont nombreux. Citons notamment ceux qui sont prévus par les art. 395, 396, 1033, 1442, 1887 et 2002 du code civil; 22, 140 et 187 du code de commerce; 55 du code pénal.

N° 2. Effets de la solidarité passive.

970. Le principal effet de la solidarité entre débiteurs est indiqué par l'art. 1203. Les autres, qui sont des effets secondaires ou accessoires, sont indiqués par les art. 1205, 1206 et 1207.

1. *Effet principal.*

971. « *Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut* » *s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci* » *puisse lui opposer le bénéfice de division* » (art. 1203).

Les codébiteurs solidaires étant cautions les uns des autres, on aurait pu penser qu'ils avaient le droit, en cette qualité, d'invoquer le bénéfice de division (voyez art. 2025 et 2026). Le législateur a donc bien fait de s'expliquer, d'autant plus que certains doutes paraissent s'être élevés à ce sujet dans notre ancien droit. C'est avec raison que notre article refuse le bénéfice de division aux codébiteurs solidaires. Ils sont bien cautions les uns des autres, mais seulement *entre eux.* A l'égard du créancier, chacun d'eux joue le rôle de débiteur principal : il doit le tout comme s'il était seul débiteur; comment pourrait-il donc opposer au créancier un bénéfice résultant d'une qualité qu'il ne possède pas par rapport à lui ?

Mais l'art. 1203 ne fait pas obstacle à ce que le codébiteur poursuivi mette en cause ses codébiteurs, afin qu'il soit statué par le même jugement sur l'action récursoire qu'il aura à exercer contre eux après avoir payé la dette. Nous pensons même,

malgré les objections qu'on a faites sur ce point, que le codébiteur poursuivi, qui voudrait mettre ses codébiteurs en cause, aurait droit au délai de l'art. 175 du code de procédure civile. Arg. art. 1213.

L'art. 1204 ajoute : « *Les poursuites faites contre l'un des débiteurs » n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les » autres* ».

C'était à peine utile à dire. Qui donc aurait songé dans notre droit à appliquer le principe du droit romain sur l'effet extinctif de la *litis contestatio* ?

2. *Effets secondaires.*

972. La solidarité suppose l'existence d'une société entre les divers codébiteurs solidaires, et par suite d'un mandat, en vertu duquel ils se représentent réciproquement dans leurs rapports avec le créancier. Les effets accessoires dont nous allons parler sont une conséquence de ce mandat. Avant de les étudier, il importe de préciser le principe d'où ils dérivent, de déterminer en d'autres termes la nature et l'étendue du mandat qui les engendre.

Que ce mandat donne à chaque codébiteur le pouvoir d'améliorer la situation commune par les actes qu'il accomplit à l'égard du créancier, c'est incontestable. Les actes de cette nature profiteront donc à tous les codébiteurs, et pourront par conséquent être invoqués par chacun d'eux. Il en serait ainsi notamment d'une transaction avantageuse faite par l'un des codébiteurs solidaires avec le créancier.

Le mandat réciproque qu'implique la solidarité va plus loin : les codébiteurs se représentent mutuellement pour tous les actes, qui ont pour but et pour résultat de *conserver* et de *perpétuer* l'obligation au profit du créancier. Ainsi, comme nous allons le voir, les poursuites intentées par le créancier contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (art. 1206).

Mais c'est là l'extrême limite du mandat qui nous occupe ; il ne donne pas à l'un des codebiteurs solidaires le pouvoir d'empirer la situation commune, et par conséquent l'acte, par lequel l'un des codébiteurs solidaires aurait *augmenté* le poids de la dette, ne serait pas opposable aux autres : il excèderait les limites du mandat.

En un mot, les codébiteurs solidaires, comme le dit Pothier après Dumoulin, sont mandataires les uns des autres *ad conservandam et perpetuandam, non ad augendam obligationem.* Voilà le principe. Il reste à étudier les applications que le législateur en a faites. Elles sont contenues dans les art. 1205, 1206 et 1207, qui indiquent les effets de la solidarité que nous avons appelés secondaires.

973. I. Aux termes de l'art. 1206 : « *Les poursuites faites contre l'un » des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous* ».

La cour de cassation a fait l'application de ce principe aux souscripteurs d'un

billet à ordre, tenus solidairement aux termes de l'art. 140 C. co. Cass., 19 mai 1884, Sir., 85. 2. 113.

La reconnaissance de la dette, faite par l'un des codébiteurs solidaires, interrompait également la prescription à l'égard des autres (art. 2249 al. 1).

II. « *La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires,* » *fait courir les intérêts à l'égard de tous* (art. 1207).

Tous les auteurs disent que cette disposition est une déviation à notre règle, loin d'en être une application. En rendant sa créance productive d'intérêts, le créancier, dit-on, augmente l'obligation solidaire, puisque le poids des intérêts va se joindre à celui du capital; conformément au principe que l'un des débiteurs ne représente pas les autres *ad augendam obligationem,* la demande d'intérêts n'aurait donc dû les faire courir que contre le débiteur attaqué. Nous croyons au contraire qu'il ne faut voir là qu'une application et une application très juste du principe. La dette solidaire est échue, on le suppose; sans cela il ne pourrait pas être question de la rendre productive d'intérêts. Dans ces conditions, le créancier a droit d'être payé. Si le codébiteur solidaire que le créancier poursuit payait de suite, comme il le doit, la jouissance du capital qu'il aliénerait pour faire ce paiement serait immédiatement perdue pour lui et acquise par le créancier. En rendant sa créance productive d'intérêts par suite de la demande qu'il forme, le créancier ne fait donc que se placer dans une situation équivalente à celle où il se trouverait si l'obligation avait été fidèlement exécutée. Son action tend à empêcher que son droit ne soit diminué, bien plus qu'à l'augmenter, et à ce point de vue la demande d'intérêts peut être considérée comme ayant un caractère conservatoire. D'ailleurs chaque codébiteur ne peut-il pas immédiatement payer la dette et prévenir ainsi l'augmentation résultant des intérêts? Enfin on remarquera que, si le codébiteur poursuivi par le créancier payait de suite, la créance, que ce paiement lui ferait acquérir contre ses consorts pour le remboursement de leur part dans la dette, deviendrait immédiatement productive d'intérêts (*infra* n. 985); or que leur importe que les intérêts courent au profit du créancier ou au profit de leur codébiteur qui a fait le paiement?

III. « *Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un* » *ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont* » *point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-* » *ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. Le créancier peut* » *seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs* » *par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en* » *demeure* » (art. 1205).

Ce texte suppose que l'objet de la dette solidaire est un corps certain. Il s'agit par exemple de plusieurs commodataires, qui, ayant emprunté conjointement une même chose, se trouvent solidairement obligés à sa restitution (art. 1887). Ecartons d'abord deux hypothèses, qui sont demeurées étrangères aux prévisions de notre article et dont la solution ne saurait offrir aucune difficulté. — La première est celle où la chose objet de l'obligation a péri par cas fortuit avant qu'aucun des débiteurs ne fût en demeure; ils sont tous libérés (arg. art. 1302). — La deuxième a lieu, lorsque la perte provient du fait de tous les codébiteurs ou survient alors qu'ils sont tous en demeure; nul doute qu'ils soient alors tous responsables des conséquences de leur faute ou de leur retard.

Tout cela va de soi. L'hypothèse que prévoit notre article est beaucoup plus délicate. Il s'agit du cas où la chose a péri par la faute ou pendant la demeure d'un seul ou de quelques-uns seulement des codébiteurs solidaires. La loi décide que les codébiteurs en faute ou en demeure seront tenus de l'obligation de payer le prix de la chose, et en outre des dommages et intérêts; ce premier point ne pouvait faire nulle difficulté. Quant aux codébiteurs qui ne sont ni en faute ni en demeure, la loi distingue : ils ne sont pas tenus des dommages et intérêts, mais ils sont tenus, et tenus solidairement, de l'obligation de payer le prix de la chose. Ils ne sont pas tenus des dommages et intérêts, parce que leur obligation ne peut pas être *augmentée* par le fait de leur codébiteur; ils sont tenus du prix, parce que le fait de leur codébiteur les oblige en tant qu'il a pour résultat de conserver l'obligation. Les codébiteurs sont considérés comme se représentant mutuellement, mais seulement dans les limites primitivement assignées à l'obligation. L'art. 1205 est donc une application de la règle, que les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres *ad conservandam et perpetuandam, non ad augendam obligationem.*

* Sur cette application de la règle et sur la règle elle-même, il y aurait beaucoup à dire. Elle a été formulée par Dumoulin pour concilier deux lois romaines, qui peuvent parfaitement, paraît-il, et avec avantage, se passer de ce secours. D'un autre côté, envisagée en elle-même et abstraction faite de cette origine qui la discrédite un peu, la règle est loin d'être à l'abri de la critique. Malgré cela, Pothier l'a admise, probablement sans un examen suffisant, et les rédacteurs du code civil l'ont acceptée de confiance de la main du maître. Le législateur de l'avenir la supprimera peut-être.

Si la convention contient une clause pénale, réglant à forfait les dommages et intérêts qui pourront être dus au créancier en cas de perte de la chose imputable à l'un des codébiteurs, on admet que le créancier a le droit de réclamer, le cas échéant, non seulement la valeur de la chose, mais encore le montant de la clause pénale contre tous les codébiteurs, même contre ceux qui ne seraient ni en faute ni en demeure. Arg. art. 1232.

N° 3. Des diverses exceptions que les codébiteurs solidaires peuvent opposer au créancier.

974. Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier, peut dans certains cas échapper en tout ou en partie aux conséquences de l'action dirigée contre lui, en invoquant divers moyens de défense que l'art. 1208 appelle, improprement peut-être, des *exceptions* : « *Le codébiteur » solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions » qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont » personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébi- » teurs. — Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement person- » nelles à quelques-uns des autres codébiteurs* ».

Rationnellement les divers moyens de défense, que le codébiteur solidaire pour-

suivi peut opposer au créancier (nous les appellerons désormais des exceptions, comme le fait la loi), doivent être classés en trois catégories.

1° *Exceptions réelles, rei cohærentes.* Leur caractère consiste en ce qu'elles peuvent être opposées pour le tout par tous les codébiteurs indistinctement.

Dans cette première catégorie rentrent les exceptions *qui résultent de la nature de l'obligation* et celles que notre texte appelle *communes à tous les codébiteurs.* A notre avis, ces deux classes auraient dû être confondues en une seule. Si on veut les distinguer, il faut considérer comme *résultant de la nature de l'obligation :* d'abord les exceptions fondées sur l'inexistence de l'obligation, par exemple, l'exception tirée de ce que l'obligation a une cause illicite ; puis les exceptions fondées sur la nullité de l'obligation, alors du moins que la cause de la nullité n'a rien de personnel à l'un des codébiteurs, par exemple, s'il s'agit de la vente solidaire d'un immeuble, l'exception tirée de ce que la vente est rescindable pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674). Et alors les exceptions *communes à tous les codébiteurs* seraient toutes les autres exceptions qui peuvent être invoquées pour le tout par tous les codébiteurs indistinctement, c'est-à-dire les exceptions tirées de la plupart des causes d'extinction des obligations, telles que le paiement, la novation, la remise de la dette (art. 1285), la prescription.

2° *Exceptions personnelles.* Cette deuxième catégorie comprend les exceptions qui peuvent être opposées pour le tout par celui des codébiteurs dans la personne duquel elles ont pris naissance, et seulement dans la mesure de sa portion par les autres. Il en est ainsi de la confusion, au sujet de laquelle on lit dans l'art. 1209 : « *Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier* ». Cpr. art. 1301 al. 3. — *Primus, Secundus* et *Tertius* doivent solidairement 3,000 fr.; le créancier meurt, et sa succession est recueillie par l'un des débiteurs, *Primus* par exemple, qui est, nous le supposons, son unique héritier. Les qualités incompatibles de débiteur et de créancier se trouvant ainsi réunies sur la même tête, il se produit une confusion, qui, aux termes de l'art. 1300, éteint la créance, ou mieux en paralyse l'exercice. Evidemment cette confusion profitera pour le tout au codébiteur *Primus,* dans la personne duquel elle s'est opérée ; il ne peut désormais être poursuivi que par lui-même : ce qui revient à dire que la dette s'est éteinte quant à lui. La confusion profitera-t-elle à ses codébiteurs ? S'il vient les poursuivre comme héritier du créancier, pourront-ils invoquer la confusion ? Oui, mais pour sa part seulement, soit pour 1,000 fr. En d'autres termes, si *Primus,* en qualité d'héritier du créancier vient demander les 3,000 fr. à l'un de ses codébiteurs, *Secundus* par exemple, celui-ci pourra lui dire : « En supposant que je vous paie les 3,000 fr., je pourrais immédiatement recourir contre vous pour 1,000 fr. (art. 1213 et 1214) ; vous n'avez pas le droit de me demander ainsi ce que vous seriez obligé de me rendre aussitôt après l'avoir reçu ; je déduis donc sur les 3,000 fr. que vous me réclamez les 1,000 fr. qui forment votre part dans la dette, et je ne vous paie que 2,000 fr. ».

La remise de la dette, faite par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires avec réserve de son droit contre les autres, engendrerait aussi une exception personnelle; le codébiteur auquel la remise a été faite pourrait l'invoquer pour le tout, les autres, pour sa part dans la dette. Voyez art. 1285 al. 2.

Il semblerait bien qu'il dût en être de même de la compensation ; mais il est difficile, en présence de l'alinéa final de l'art. 1294, de ne pas la considérer comme engendrant une exception purement personnelle au codébiteur dans la personne duquel elle s'est produite.

3° *Exceptions purement personnelles.* Ce sont celles qui peuvent être invoquées ex-

clusivement par le codébiteur dans la personne duquel elles ont pris naissance; telles sont les exceptions tirées du bénéfice du terme ou de la condition stipulée au profit de l'un des codébiteurs seulement, du concordat accordé à celui d'entre eux qui est en faillite, de l'incapacité de l'un des codébiteurs, par exemple de sa minorité, et aussi, croyons-nous, mais il y a des difficultés sur ce point, de l'erreur, du dol ou de la violence qui auraient vicié son consentement.

975. En somme, nous considérons l'art. 1208 comme un texte complètement inutile. Il se borne à dire, et encore en termes défectueux, que les exceptions, qui peuvent être opposées par les codébiteurs solidaires au créancier, se répartissent dans quatre catégories : 1° exceptions résultant de la nature de l'obligation; 2° exceptions communes à tous les codébiteurs (nous avons compris les unes et les autres dans une même catégorie sous le nom d'exceptions *réelles;* il n'y a pas lieu en effet de les distinguer, puisqu'elles ont le même caractère, celui de pouvoir être opposées pour le tout par tous les codébiteurs) ; 3° exceptions personnelles ; 4° exceptions purement personnelles. Les exceptions qui rentrent dans ces deux dernières catégories, ont cela de commun qu'elles résultent d'un fait qui s'est produit dans la personne de l'un des codébiteurs; elles diffèrent en ce que les premières peuvent être invoquées pour le tout par le codébiteur dans la personne duquel elles ont pris naissance, et pour sa part dans la dette seulement par les autres, tandis que les dernières ne peuvent être invoquées que par le débiteur du chef duquel elles se sont produites. Mais la loi ne nous dit pas, et c'est là précisément ce qu'il eût été intéressant de savoir, quelles sont les exceptions qui rentrent dans chaque catégorie.

N° 4. Des causes qui, tout en laissant subsister la dette, peuvent faire cesser la solidarité ou en modifier les effets.

976. Deux causes peuvent mettre fin à la solidarité ou en modifier les effets, sans cependant éteindre l'obligation solidaire ; ce sont : 1° la remise de la solidarité; 2° la mort de l'un des codébiteurs solidaires qui laisse plusieurs héritiers. Nous parlerons d'abord de cette dernière dont la loi ne s'occupe pas.

1. *Mort de l'un des codébiteurs solidaires qui laisse plusieurs héritiers.*

977. Aux termes de l'art. 1220, toute obligation susceptible de division se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur. Ce principe s'applique même aux obligations solidaires; car il est formulé dans les termes les plus généraux. Si donc l'un des débiteurs solidaires vient à mourir, la dette solidaire se divisera entre ses héritiers, et la situation du créancier se trouvera ainsi modifiée, en ce sens que, s'il veut s'attaquer aux héritiers du débiteur décédé, il ne pourra poursuivre chacun d'eux que dans la mesure de sa part héréditaire, tandis qu'il avait le droit de demander le tout au débiteur décédé. Ainsi *Primus, Secundus* et *Tertius* me doivent solidairement 3,000 fr.; *Primus* vient à mourir, laissant deux héritiers pour portions égales. Chacun ne sera tenu envers moi que dans la mesure de sa part héréditaire, c'est-à-dire pour la moitié du montant total de la dette, soit 1,500 fr. A *Primus* je pouvais demander le total de la dette

soit 3,000 fr., à chacun de ses héritiers je ne puis plus demander que la moitié de cette somme, et il me faut par conséquent les attaquer tous les deux pour obtenir la totalité. Je conserve le droit, bien entendu, de demander le tout, si je le préfère, à chacun des codébiteurs solidaires survivants ; ma situation n'est modifiée qu'à l'égard des héritiers du débiteur décédé.

2. *Remise de la solidarité.*

978. Il ne faut pas confondre la remise de la solidarité avec la remise de la dette. Le créancier qui fait remise de la dette renonce à son droit de créance ; il le conserve au contraire, lorsqu'il se borne à faire remise de la solidarité ; ce qu'il perd seulement en pareil cas, c'est le bénéfice de la solidarité, les avantages qui y étaient attachés.

La remise de la solidarité peut être absolue ou relative.

979. A. — Elle est *absolue,* lorsque le créancier renonce à la solidarité à l'égard de tous les codébiteurs sans exception. L'obligation devient alors ce qu'elle aurait été dès l'origine si elle eût été contractée sans solidarité, c'est-à-dire qu'elle se divise entre les divers débiteurs ; le créancier ne peut plus demander à chacun que sa part. Le code ne s'occupe pas de la remise absolue de la solidarité, soit parce qu'elle est infiniment rare dans la pratique, soit parce qu'il était on ne peut plus facile d'en déterminer les effets.

980. B. — La remise de la solidarité est *relative,* lorsque le créancier décharge de la solidarité un seul ou quelques-uns seulement des codébiteurs solidaires. Il s'agit de savoir d'où peut résulter cette remise et quels en sont les effets. Tel est l'objet des art. 1210 à 1212. Nous supposerons toujours, pour la facilité des explications, que la remise de la solidarité a été faite à un seul des codébiteurs.

La remise de la solidarité peut être expresse ou tacite.

981. *a.* Elle est *expresse,* lorsqu'elle résulte d'une déclaration expresse faite par le créancier, comme s'il a dit : « Je renonce à la solidarité au profit de tel débiteur », ou s'il a déclaré l'en *décharger* ou *consentir à la division de la dette* en sa faveur, ou s'il a employé toutes autres expressions équivalentes.

L'effet de la remise expresse est indiqué par l'art. 1210, ainsi conçu : « *Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des » codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous » la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité* ».

Ainsi *Primus, Secundus* et *Tertius* me devant solidairement 3,000 fr. (c'est notre espèce de tout à l'heure que nous conserverons dans la suite de ces explications), je déclare renoncer à la solidarité au profit de *Primus;* je ne pourrai plus demander que 2,000 fr. soit à *Secundus,*

soit à *Tertius,* c'est-à-dire que je devrai déduire du montant de ma demande la part du codébiteur déchargé de la solidarité, soit 1,000 fr.

Cela va de soi, quand le codébiteur déchargé de la solidarité n'a obtenu cette décharge que moyennant le paiement de sa part : il est bien clair que le surplus seulement reste dû au créancier, et qu'il ne peut pas demander davantage aux autres codébiteurs. C'est tellement évident qu'il nous est impossible de croire que l'art. 1210 ait été écrit uniquement en vue de cette hypothèse, comme l'ont prétendu certains auteurs : fallait-il donc une disposition législative pour nous dire que celui qui sur 3,000 fr. en a touché 1,000, ne peut plus en réclamer que 2,000 ? D'autant plus que, loin d'être restrictifs, les termes de l'article sont aussi généraux que possible ; la loi parle d'un créancier *qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs,* sans que rien puisse faire supposer qu'elle sous-entend : *après avoir reçu le paiement de sa part.* Il faut donc admettre, avec la majorité des auteurs, que l'article a *aussi,* nous dirions volontiers *surtout,* en vue le cas où la remise de la solidarité est faite par le créancier *nullo accepto.* Même dans cette hypothèse, le créancier ne peut agir contre les autres débiteurs que sous la déduction de la part de celui qu'il a déchargé de la solidarité. Solution qui est contraire à l'avis de Pothier, et aussi, croyons-nous, ce qui est plus grave, aux véritables principes, d'après lesquels une renonciation doit toujours être interprétée restrictivement. Le créancier n'a renoncé à la solidarité qu'au profit de l'un des codébiteurs; donc il a entendu se réserver son droit tout entier contre les autres. Alors pourquoi la loi décide-t-elle que le créancier ne conserve contre les autres codébiteurs qu'un droit de recours restreint? On dit, il est vrai, pour justifier cette solution, que le créancier ne peut pas par son fait, en avantageant l'un des codébiteurs solidaires, empirer la situation des autres, et que c'est ce qu'il ferait, si, après avoir déchargé l'un des codébiteurs de la solidarité sans recevoir sa part, il conservait son droit intégral contre les autres. Mais c'est se payer de mots. Le créancier a le droit de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir et d'exiger de lui le paiement total de la dette. Que fait-il autre chose, en déchargeant l'un des débiteurs de la solidarité ? Il exerce ainsi son choix par avance, ou du moins il le limite : il annonce aux autres codébiteurs que c'est nécessairement à l'un d'eux qu'il s'attaquera. C'est bien son droit, et on se demande pourquoi en l'exerçant il subit une sorte de déchéance.

* Si l'on admet que l'art. 1210 contient une dérogation aux principes, et une dérogation peu justifiée, on sera nécessairement conduit à décider que son application doit être sévèrement restreinte dans les plus étroites limites ; il n'y aurait donc pas lieu de l'étendre au cas où le créancier, en déchargeant un des codébiteurs de la solidarité, se serait réservé expressément tous ses droits contre les autres.

982. *b.* La remise de la solidarité est *tacite,* lorsqu'elle résulte d'actes accomplis par le créancier et qui font nécessairement supposer sa volonté de renoncer à la solidarité. Quels sont ces actes? Ils sont indiqués par les art. 1211 et 1212, ainsi conçus :

Art. 1211. *Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. — Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est* pour sa part. — *Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs* pour sa part, *si celui-ci n'a*

pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.

Art. 1212. *Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs.*

Ces articles prévoient quatre cas de remise tacite de la solidarité.

1er cas (art. 1211 al. 1 et 2). — *Primus, Secundus* et *Tertius* me devant solidairement 3,000 fr., *Primus* vient m'offrir le paiement de sa part, soit 1,000 fr., et je consens à le recevoir. Serai-je considéré par ce seul fait comme ayant renoncé à la solidarité à l'égard de ce codébiteur ? Non. Telle a peut-être été mon intention cependant, on peut même dire que cela est probable ; mais il y a un doute, et la loi l'interprète en ma faveur, en faveur du créancier, d'après la règle *Nemo juri suo facile renuntiare præsumitur.* Le doute est levé, si j'ai dit dans la quittance que ce que le débiteur a payé est *pour sa part;* en faisant cette déclaration, je reconnais implicitement que celui qui paie ne doit qu'une portion, par conséquent qu'il ne doit pas *totum et totaliter :* ce qui implique de ma part une remise de la solidarité. Et toutefois l'induction résultant des mots *pour sa part* serait détruite, si la quittance contenait au profit du créancier une réserve de la solidarité ou même de ses droits en général.

2e cas (art. 1211 al. 3). — Le créancier forme une demande en justice contre l'un des codébiteurs solidaires ; il lui demande une somme égale à sa part dans la dette. Sera-t-il considéré par cela seul comme ayant renoncé à la solidarité au profit de ce débiteur ? Non ; car il y a doute, si léger qu'il soit, sur l'intention du créancier de faire remise de la solidarité, et la loi interprète ce doute en sa faveur. Le doute est levé, si le créancier a spécifié dans sa demande que ce qu'il réclame est *pour la part* du codébiteur. La volonté du créancier paraissant certaine, il semble que ces faits devraient suffire pour entraîner remise tacite de la solidarité. Alors pourquoi la loi exige-t-elle en outre que le débiteur ait acquiescé à la demande formée contre lui, ou qu'il soit intervenu un jugement de condamnation ? La raison en est, dit Pothier (n. 277), que les dettes étant contractées par le concours des volontés du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un *consentement* contraire des mêmes parties ». Il faut donc que la volonté du débiteur concoure avec celle du créancier ; or ce concours a lieu lorsque le débiteur a acquiescé à la demande, et il est censé avoir lieu lorsqu'il est intervenu un jugement de condamnation, d'après la règle *Judiciis quasi contrahimus.*

3e cas (art. 1212 1re partie). — Le créancier a reçu divisément et sans réserve la part de l'un des codébiteurs dans les intérêts de la dette. La loi dit que ce fait entraîne remise tacite de la solidarité, mais seulement *pour les intérêts échus,* et non pour les intérêts à échoir ni pour le capital. Elle sous-entend que, même pour les intérêts échus, il n'y aura remise de la solidarité qu'autant que la quittance portera que ce que le débiteur a payé est *pour sa part.* D'un autre côté, il est bien évident que la remise de la solidarité ne peut s'appliquer qu'aux intérêts compris dans la quittance, et non à tous les intérêts échus sans distinction. S'il m'est dû par exemple trois années d'intérêts, et que je reçoive 50 fr. de *Primus* en exprimant dans la quittance que ces 50 fr. représentent sa part dans les intérêts échus de l'année 1880, il est clair que je n'aurai renoncé à la solidarité au profit de *Primus* que pour les intérêts de cette année, et non pour ceux des deux suivantes.

4e cas (art. 1212 *in fine*). — Il a lieu lorsque, pendant dix ans consécutifs, l'un

des débiteurs a été admis à payer les intérêts ou arrérages *pour sa part*. Le créancier est alors censé avoir renoncé à la solidarité au profit de ce débiteur, non seulement pour les arrérages ou intérêts échus, mais aussi pour ceux à échoir et même pour le capital.

N° 5. De la répartition de la dette solidaire entre les codébiteurs.

983. « *L'obligation contractée solidairement envers le créancier se* » *divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux* » *que chacun pour sa part et portion* » (art. 1213).

C'est donc seulement dans leurs rapports avec le créancier que les divers débiteurs solidaires doivent tous *totum et totaliter*. Entre eux ils ne doivent que chacun sa part. La dette « se divise de plein droit entre les débiteurs », dit notre article : ce qui n'est qu'une conséquence du principe traditionnel que les codébiteurs solidaires sont associés.

Dans quelles proportions la division s'opère-t-elle? Par portions égales, en principe. La loi répartit la dette entre les divers débiteurs, parce qu'elle suppose que cette dette a été contractée dans leur intérêt commun, et elle la répartit par portions égales, parce qu'elle présume que l'intérêt de chacun est le même.

Mais ce n'est là qu'une présomption qui tomberait devant la preuve contraire. Si donc il est démontré que la dette solidaire a été contractée dans l'intérêt d'un seul des codébiteurs, qu'elle n'a profité qu'à lui, il devra seul la supporter en définitive. Ainsi *Primus* a besoin de 3,000 fr. pour une affaire qui l'intéresse exclusivement; il vient me demander cette somme, et il m'offre l'engagement solidaire de deux de ses amis, *Secundus* et *Tertius*, qui consentent à répondre pour lui; j'accepte cette proposition. L'emprunt est donc fait par *Primus, Secundus* et *Tertius* solidairement, mais dans l'intérêt exclusif de *Primus* qui profite seul des fonds. Par rapport à moi les trois codébiteurs sont tenus pour le tout; je pourrai choisir celui qu'il me plaira pour lui demander le paiement intégral; mais entre eux *Primus* est seul débiteur, et doit seul supporter en définitive le poids de la dette, puisqu'elle n'a profité qu'à lui; *Secundus* et *Tertius* ne sont que ses cautions. C'est ce que dit l'art. 1216, ainsi conçu : « *Si l'affaire pour laquelle la dette* » *a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés* » *solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres* » *codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme* » *ses cautions* ».

= *Par rapport à lui*. Mais non par rapport au créancier; cela est notable. *Secundus* et *Tertius*, dans notre espèce, ne pourraient donc pas exciper, à l'égard du créancier, de leur qualité de cautions de *Primus*, et invoquer à ce titre le bénéfice de discussion ou celui de division; par rapport au créancier, ils sont débiteurs solidaires, ou, si l'on veut, cautions solidaires.

Entre les deux hypothèses extrêmes que prévoit la loi, celle où la dette solidaire intéresse également tous les codébiteurs et celle où elle intéresse exclusivement un

[ou quelques-uns] d'entre eux, se place une hypothèse intermédiaire dont la solution ne peut offrir aucune difficulté : celle où la dette solidaire intéresse tous les codébiteurs, mais inégalement. Alors la dette se répartira entre eux dans la proportion de leur intérêt respectif. Ainsi, *Primus, Secundus* et *Tertius* ayant emprunté solidairement 3,000 fr., les emprunteurs ont réparti les fonds entre eux de la manière suivante : 1,500 fr. à *Primus*, 750 fr. à *Secundus*, 750 fr. à *Tertius*. Dans les rapports des codébiteurs entre eux, *Primus* sera considéré comme débiteur de la moitié de la dette, et chacun des autres comme débiteur d'un quart.

On voit qu'en matière de solidarité, comme en matière de succession lorsqu'il y a plusieurs héritiers, il faut distinguer l'obligation et la contribution à la dette : l'obligation qui régit les rapports des codébiteurs à l'égard du créancier, la contribution qui régit leurs rapports entre eux. L'obligation est du total de la dette pour chaque codébiteur; la contribution est proportionnelle à l'intérêt de chacun; dans le doute, on suppose que tous les codébiteurs ont le même intérêt.

984. Recours. — La dette solidaire se divisant entre les divers codébiteurs, et chacun ne devant la supporter en définitive que dans la mesure de son intérêt, il en résulte nécessairement que le paiement fait par l'un d'eux pourra donner lieu à un recours contre les autres. L'art. 1214 al. 1 règle l'étendue de ce recours. « *Le codébiteur d'une » dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les » autres que les part et portion de chacun d'eux* ».

Ainsi *Primus, Secundus* et *Tertius* ayant emprunté solidairement 3,000 fr., *Tertius* paie toute la dette. Il pourra exercer une action récursoire contre chacun de ses codébiteurs *dans la mesure de sa part contributoire*. En supposant, ce qui arrivera le plus ordinairement, que tous les codébiteurs aient un intérêt égal dans la dette, il aura donc le droit de demander 1,000 fr. à *Primus* et pareille somme à *Secundus*. Si la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif de *Primus, Tertius* pourra lui demander le remboursement intégral de ce qu'il a payé.

* Le recours dont il vient d'être parlé existerait, même au cas de solidarité résultant d'un crime ou d'un délit (C. pén. art. 55). Il est vrai qu'on ne peut plus alors baser le recours sur l'existence d'une société entre les divers codébiteurs. Associés, ils peuvent l'être *en fait*, mais non *en droit*, la *societas maleficiorum* n'ayant pas d'existence aux yeux de la loi. Mais après tout, l'idée de société n'intervient que comme explication du recours accordé par la loi au débiteur qui a payé le total. Nul texte ne subordonne ce recours à la condition qu'une société existe ou puisse exister entre les divers débiteurs. D'ailleurs le droit de recours reçoit ici une autre explication : il est nécessaire pour que les coupables soient tous également punis. C'était la doctrine de Pothier, et il est peu probable que notre législateur ait voulu l'abandonner.

985. Par quelle action le codébiteur qui a fait le paiement exercera-t-il son recours contre ses codébiteurs? Ce sera, à son choix, par l'action *mandati* ou par l'action qui appartenait au créancier.

L'action *mandati* a sa source dans la société, dont la solidarité suppose l'existence entre les codébiteurs, et dans le mandat qu'elle implique : chaque codébiteur est

mandataire de tous les autres à l'effet de payer la part qui leur incombe dans la dette; or le mandataire a l'action *mandati* contre le mandant pour se faire rembourser ce qu'il a payé en l'acquit de celui-ci (art. 1999).

Quant à l'action qui appartenait au créancier, le codébiteur qui a payé la dette peut l'exercer en qualité de subrogé; le bénéfice de la subrogation dans les droits du créancier lui est en effet acquis de plein droit en vertu de l'art. 1251-3°.

Chacune de ces actions a ses avantages et ses inconvénients. L'action *mandati* permet au codébiteur qui l'exerce de demander, outre le remboursement de son avance, l'intérêt depuis le jour du paiement (art. 2001), et cela même si la dette solidaire n'est pas productive d'intérêts. En agissant par l'action du créancier, le codébiteur qui a payé la dette n'obtiendra pas cet avantage. Mais en revanche il pourra exercer les sûretés particulières, par exemple les hypothèques, qui étaient attachées à la créance : ce qui lui permettra quelquefois d'obtenir de l'un de ses codébiteurs qui est insolvable un remboursement qu'il n'obtiendrait pas ou n'obtiendrait qu'en partie par l'action *mandati,* action purement personnelle.

986. Qu'il agisse par l'une ou l'autre action, le codébiteur, qui a payé le total, ne peut demander à chacun de ses codébiteurs que sa part contributoire dans la dette. Cela va de soi, quand il agit par l'action *mandati.* En effet, par cette action, le mandataire ne peut réclamer que le remboursement de l'avance qu'il a faite pour le compte du mandant; or le codébiteur qui a payé le total n'a avancé pour chacun de ses codébiteurs que sa part dans la dette, il n'avait mandat de lui que pour cette part; il ne peut donc pas lui demander davantage par l'action qui naît du mandat. On peut trouver extraordinaire au premier abord que la même limitation soit imposée au codébiteur, lorsqu'il agit par l'action du créancier. Le créancier pouvait agir pour le tout contre chaque débiteur; pourquoi le codébiteur qui exerce son action en qualité de subrogé, ne peut-il pas l'exercer avec la même étendue, sauf à déduire sa part dans la dette? Pourquoi, dans notre espèce, *Tertius,* qui a payé le tout, ne peut-il pas dire à *Primus* par exemple : « Le créancier aurait pu exiger de vous le total de la dette, 3,000 fr.; c'est son action que j'exerce contre vous comme subrogé; je vous demande donc le tout, déduction faite de ma part, soit au total 2,000 fr. ». Pothier dit que c'est pour éviter un circuit d'actions. Il est peut-être plus exact de rattacher cette disposition à la garantie dont les divers codébiteurs solidaires sont tenus les uns envers les autres en qualité d'associés, et de dire qu'elle est une conséquence de la règle *Qui doit garantir ne peut évincer.* Cpr. *supra* n. 298.

987. Supposons que l'un des codébiteurs solidaires soit insolvable ; son insolvabilité retombera-t-elle exclusivement sur celui qui a fait le paiement? On n'en verrait aucune bonne raison. L'insolvabilité dont il s'agit constitue un cas fortuit, dont les conséquences doivent rationnellement retomber sur tous les codébiteurs *également,* c'est-à-dire proportionnellement à leur intérêt, à leur part dans la dette. Aussi l'art. 1214 al. 2 dispose-t-il : « *Si l'un d'eux se trouve insolvable, la » perte qu'occasionne son insolvabilité, se répartit, par contribution, » entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paie- » ment* ». Cpr. art. 876 et *supra* n. 298. Ainsi, dans l'espèce proposée tout à l'heure, si *Primus* est insolvable, son insolvabilité se répartira par portions *égales* entre *Secundus* et *Tertius,* puisque tous les codébiteurs ont le même intérêt dans la dette, et par conséquent *Tertius* qui a payé le tout pourra recourir contre *Primus* pour 1,500 fr.

988. Mais voici une nouvelle complication. Parmi les codébiteurs solidaires il y en a un qui a été déchargé de la solidarité. Devra-t-il supporter lui aussi sa part contributoire dans la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des codébiteurs? La loi résout cette question dans le sens de l'affirmative : « *Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action* » *solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres* » *codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera con-* » *tributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux pré-* » *cédemment déchargés de la solidarité par le créancier* » (art. 1215). Ainsi, en reprenant notre espèce, le créancier a déchargé *Secundus* de la solidarité, après avoir reçu de lui les 1,000 fr. qui représentent sa part; *Primus* devient insolvable, et *Tertius* paie au créancier les 2,000 fr., qui lui restent dus. Il pourra recourir contre *Secundus* pour 500 fr., lui faisant ainsi supporter pour la moitié la perte résultant de l'insolvabilité de *Primus*.

Mais le codébiteur déchargé de la solidarité n'aura-t-il pas au moins une action récursoire contre le créancier, pour se faire rembourser la somme représentant sa portion contributoire dans la part de l'insolvable ? *Secundus,* dans notre espèce, ne pourra-t-il pas dire au créancier : « Vous m'aviez déchargé de la solidarité en recevant le paiement de ma part, et par conséquent je devais compter que je n'aurais rien à supporter en sus dans le fardeau de la dette solidaire; or voilà que, contrairement à mes prévisions, fondées sur les légitimes espérances que me donnait la remise de la solidarité, je me trouve obligé de payer 500 fr. pour ma portion contributoire dans la part de l'insolvable ; remboursez-moi ces 500 fr. ». Nous croyons que cette prétention ne serait pas fondée. D'abord le texte ne parle nullement de ce recours. D'un autre côté, la remise de la solidarité, par cela seul qu'elle est une renonciation à un droit, est de stricte interprétation; le doute, qui peut exister sur le point de savoir quelle est son étendue, doit donc s'interpréter en faveur du créancier; or rien ne prouve qu'il ait entendu garantir le codébiteur qu'il a déchargé de la solidarité contre les conséquences de l'insolvabilité possible de l'un de ses codébiteurs. On dira peut-être : Mais alors la remise de la solidarité n'a pas de sens; elle ne procure aucun bénéfice au débiteur qui l'a obtenue; il faut bien admettre cependant que les parties ont entendu faire un acte sérieux ! L'objection n'est pas fondée. Même en refusant au codébiteur déchargé de la solidarité le recours dont il s'agit, la remise de la solidarité lui procure toujours cet avantage de le dispenser de faire l'avance des fonds; le créancier ne pourra plus le choisir, de préférence aux autres codébiteurs solvables, pour exiger de lui le paiement intégral de la dette; c'est peu si l'on veut, mais c'est bien quelque chose cependant.

* D'ailleurs, si l'on reconnaît au codébiteur déchargé de la solidarité le droit d'exercer contre le créancier l'action récursoire dont il s'agit, il faut, pour être conséquent, décider que le créancier devra déduire de la demande qu'il dirige contre l'un des débiteurs solidaires une somme égale à la portion contributoire du codébiteur déchargé de la solidarité dans la part de l'insolvable. Dans notre espèce, il faudrait dire que le créancier n'a le droit de demander que 1,500 fr. à *Tertius;* car on ne comprendrait pas qu'il pût le forcer à payer 2,000 fr. pour être obligé ensuite de restituer sur cette somme 500 fr. à *Secundus,* après que celui-ci les aurait lui-même remboursés à *Tertius.* Et c'est là en effet qu'en sont venus quelques auteurs. Mais, cette étape une fois franchie (et on s'y trouve conduit par la force irrésistible

de la logique), qu'on veuille bien retourner la tête en arrière et jeter les yeux sur l'art. 1215, qui ordonne que la part de l'insolvable soit répartie entre tous ses codébiteurs, y compris ceux déchargés de la solidarité. Que devient-il ? On le supprime. Cette façon d'interpréter la loi n'est pas admissible.

N° 6. Y a-t-il plusieurs espèces de solidarité ?

989. Parmi les effets que le code civil fait produire à l'obligation solidaire, il y en a plusieurs dont il est difficile de rendre un compte satisfaisant, si l'on ne suppose pas l'existence d une société, et par suite d'un mandat, entre les divers débiteurs solidaires : ce sont principalement ceux qu'indiquent les art. 1205, 1206 et 1207. De là certains auteurs ont conclu que ces divers effets ne sont pas produits par l'obligation solidaire, lorsque le lien de la société, et par suite du mandat, ne peut pas être considéré comme existant entre les divers débiteurs tenus de l'obligation solidaire. La solidarité ne produirait plus alors qu'un seul effet : permettre au créancier de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, pour exiger de lui le paiement intégral de la dette. Il en serait ainsi notamment de la solidarité que l'ancien art. 1734 établissait entre les divers colocataires d'une maison incendiée, et de celle que l'art. 55 du code pénal établit entre les différents auteurs ou complices d'un même crime ou d'un même délit. La solidarité ainsi restreinte est appelée solidarité *imparfaite*.

Nous repoussons absolument la théorie de la solidarité imparfaite comme n'ayant aucune base dans les textes. Le code civil ne parle que d'une seule obligation solidaire, dont il indique les effets dans les art. 1203 et suivants. Rien n'autorise à dire que certaines obligations solidaires ne produiront que quelques-uns de ces effets. Et s'il est vrai que l'idée d'une société ou d'un mandat facilite l'explication de plusieurs d'entre eux, il y a au moins exagération à dire qu'on ne peut pas les expliquer autrement, et en tout cas la loi ne dit nulle part que ces effets soient subordonnés à l'existence ou à la possibilité d'une société ou d'un mandat entre les divers débiteurs.

D'après une jurisprudence constante (1), au sujet de laquelle il y aurait beaucoup à dire, les divers auteurs d'un même délit civil ou d'un même quasi-délit sont tenus chacun pour le tout de la réparation du préjudice causé par ce délit ou par ce quasi-délit, alors du moins qu'il y a impossibilité de déterminer la part de responsabilité qui incombe à chacun dans le fait dommageable : comme si par exemple plusieurs individus ont incendié ma récolte par imprudence, ou si ma propriété a été endommagée par les vapeurs pestilentielles émanées de plusieurs établissements industriels voisins. Chacun des coauteurs est alors condamné à la réparation intégrale du préjudice causé, comme s'il en était seul l'auteur. Est-ce là une obligation solidaire ? La jurisprudence paraît l'admettre (voyez notamment Cass., 15 janvier 1878, Sir., 78. 1. 293) ; elle emploie du moins les expressions *solidarité, débiteurs solidaires*. La doctrine n'y voit en général qu'une simple obligation *in solidum*, dont l'unique effet est d'autoriser le créancier à demander le tout, *solidum*, à chaque débiteur, parce qu'on manque de base pour diviser entre eux la condamnation, sans qu'il y ait lieu d'ailleurs d'appliquer les autres effets de la solidarité indiqués par les art. 1205, 1206 et 1207.

(1) Cass., 14 mars 1882, Sir., 84. 1. 238, 28 janvier et 8 juillet 1885., Sir., 85 1. 480 et 494, 25 octobre 1887. Sir., 87. 1. 411.

SECTION V

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES

990. Entre toutes les matières juridiques, celle de la divisibilité et de l'indivisibilité a toujours passé, et non sans raison, pour l'une des plus difficiles et des plus ardues, nous ajouterons et des plus obscures. C'était bien sans doute l'idée de Dumoulin, quand il intitulait le traité spécial qu'il a écrit sur ce sujet : *Extricatio labyrinthi dividui et individui.* Continuant dans l'intérieur de l'ouvrage l'image qu'il fait figurer au frontispice, Dumoulin indique sous le nom de *fils* ou clés les diverses règles qui doivent servir à guider le lecteur dans ce dédale. Malgré ou peut-être à cause de ces nombreux fils, on se perd facilement dans ce labyrinthe comme dans les autres. Deux cents ans plus tard, Pothier vint rendre cette matière un peu plus accessible en résumant dans quelques pages le volumineux traité de Dumoulin. C'est à cette source que notre législateur a puisé les art. 1217 à 1225, qui composent notre section.

Indiquons tout d'abord en quelques mots, et sauf à y revenir plus tard, quel est l'intérêt du sujet que nous allons traiter. Entre le créancier et le débiteur, il importe assez peu de savoir si l'obligation est divisible ou indivisible. En effet, dans leurs rapports respectifs, l'obligation susceptible de division doit être exécutée comme si elle était indivisible (art. 1220). Ainsi le débiteur d'une somme d'argent ne peut pas forcer son créancier à recevoir un paiement partiel (art. 1244 al. 1), et cependant une obligation ayant pour objet une somme d'argent est essentiellement divisible, c'est-à-dire susceptible d'être prestée par fractions. Quand donc apparaît l'intérêt de la question ? Il se présente principalement, lorsque le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers. Il sera très intéressant en pareil cas de savoir si l'obligation est divisible ou si elle ne l'est pas. Est-elle divisible ? elle se divisera de plein droit entre les héritiers du débiteur ou entre ceux du créancier, de sorte que chaque héritier du débiteur ou du créancier ne pourra être tenu de payer la dette ou n'aura le droit d'en exiger le paiement que dans la mesure de sa part héréditaire. Au contraire, si l'obligation est indivisible, elle ne se divisera ni activement ni passivement; un seul des héritiers du débiteur pourra être forcé de payer le total, de même qu'un seul des héritiers du créancier pourra exiger le paiement intégral.

L'intérêt de notre sujet étant ainsi délimité, nous allons rechercher successivement ce que c'est qu'une obligation indivisible et dans quels cas une obligation est indivisible.

991. Et d'abord qu'est-ce qu'une obligation divisible ? Qu'est-ce

qu'une obligation indivisible ? Pothier répond (n. 287) : « Une obligation *dividuelle* est celle qui peut se diviser; l'obligation *individuelle,* celle qui ne peut pas se diviser ». A force d'être claire, cette définition ne se comprend pas; il faut préciser un peu plus. Une obligation est divisible, lorsque la prestation qu'elle a pour objet peut se faire pour partie, indivisible si la prestation ne peut se faire pour partie. En précisant davantage encore, on peut dire que, pour savoir si une obligation est divisible ou indivisible, il faut se référer à son objet : l'obligation est divisible, toutes les fois qu'aucune impossibilité juridique ni physique ne s'oppose à ce que son objet puisse être divisé soit *matériellement,* soit *intellectuellement* (art. 1217).

La division *matérielle* est une division réelle, effective, physique, qui sépare la chose en plusieurs parties distinctes les unes des autres : comme si l'on divise le vin contenu dans une barrique en le mettant dans 300 bouteilles, ou si l'on divise une prairie en diverses portions dont la configuration matérielle est indiquée par des bornes.

La division *intellectuelle* est celle qui se fait à l'aide de l'intelligence, *solo intellectu.* Elle peut s'appliquer, non seulement aux choses qui sont susceptibles de division matérielle, mais aussi à certaines choses qui n'en sont pas susceptibles. Ainsi un moulin n'est pas divisible matériellement, en ce sens tout au moins que la division matérielle en amènerait la destruction ; mais il est divisible intellectuellement : on comprend très bien par exemple qu'un moulin appartienne à l'un pour le tiers et à un autre pour les deux tiers, et que les deux copropriétaires aient le droit de s'en servir alternativement, le premier pendant un jour, le second pendant deux, et ainsi de suite.

Eh bien ! toutes les fois que l'objet d'une obligation sera susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle, l'obligation sera divisible; elle sera indivisible au contraire, toutes les fois que son objet ne sera susceptible ni de division matérielle, ni de division intellectuelle. Nous allons voir tout à l'heure que cela peut arriver dans certains cas, rares il est vrai.

992. Cela posé, Pothier, d'après Dumoulin, distingue trois espèces d'indivisibilité : l'indivisibilité absolue, l'indivisibilité d'obligation et l'indivisibilité de paiement.

1. *Indivisibilité absolue.*

993. L'*indivisibilité absolue,* que Dumoulin appelle *individuum natura* ou encore *individuum contractu,* est celle qui résulte de la nature même de l'obligation ; la volonté des parties n'y est pour rien. L'obligation est de telle nature que l'esprit ne concevrait pas la possibilité d'une division dans l'accomplissement de la prestation qu'elle a pour objet. Comme le dit fort bien Pothier, cette indivisibilité a lieu lorsque l'obligation a pour objet une chose qui n'est pas susceptible d'être stipulée ou promise pour partie. Ainsi vous vous êtes obligé à établir sur votre fonds une servitude de passage au profit du mien; la partie de votre fonds, qui servira d'assiette à la

servitude, doit être déterminée par une opération ultérieure (1). L'obligation dont vous êtes tenu envers moi est indivisible *natura* ou *contractu*. L'esprit ne conçoit pas ici en effet la possibilité d'une prestation partielle. En quoi consisterait-elle ? A me conférer le droit de passage pour partie, pour un tiers ou un quart par exemple? Cela n'a pas de sens : on passe ou on ne passe pas, il n'y a pas de moyen terme. L'objet de la prestation, et par suite la prestation et l'obligation elle-même sont donc indivisibles. Il en serait de même de l'obligation de faire ou de ne pas faire un voyage déterminé. Nous pouvons dire ici encore : on fait un voyage ou on ne le fait pas. Si celui qui s'est obligé à faire un voyage de Bordeaux à Paris va jusqu'à Orléans et meurt à cette étape, dira-t-on qu'il a satisfait à son obligation pour les quatre cinquièmes? Il est évident qu'il n'y a pas satisfait du tout.

C'est à cette première espèce d'indivisibilité, l'indivisibilité absolue, que l'art. 1217 fait allusion lorsqu'il dit : « *L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a* » *pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est* » *ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle* ».

Et toutefois on a remarqué avec raison que, prise à la lettre, la définition de ce texte pourrait convenir à l'indivisibilité *solutione tantum*, aussi bien qu'à l'indivisibilité *natura* ou *contractu*. Pour éviter cette amphibologie, il aurait fallu, à la place des mots : « une chose qui *dans sa livraison*, ou un fait qui *dans l'exécution* », substituer ceux-ci : *une chose ou un fait qui* PAR SA NATURE...

2. *Indivisibilité d'obligation.*

994. L'indivisibilité d'obligation, *individuum obligatione*, d'après la terminologie de Dumoulin, est celle qui résulte de la volonté des parties. L'objet de l'obligation et par suite l'obligation elle-même sont parfaitement divisibles par leur nature, mais les parties ont voulu que l'obligation fût indivisible. Ainsi l'obligation de livrer un terrain d'une certaine étendue est parfaitement divisible par sa nature ; car son objet est susceptible de division : rien ne s'opposerait à ce que le terrain qui fait l'objet d'une semblable obligation fût stipulé ou promis pour partie. Mais la volonté des contractants pourra rendre cette obligation indivisible, de sorte qu'elle ne pourra se diviser, le cas échéant, ni entre les héritiers du débiteur ni entre ceux du créancier. Cette volonté peut être manifestée expressément ou tacitement. Elle le serait tacitement dans l'hypothèse suivante : Vous m'avez vendu un certain nombre de mètres de terrain à prendre dans un terrain plus grand à vous appartenant; il est expliqué dans le contrat que ce terrain est destiné à la construction d'une usine qui doit avoir une superficie égale à celle du terrain vendu. Ces circonstances démontrent que nous avons considéré la prestation du terrain vendu comme n'étant pas susceptible de division, et par suite l'obligation elle-même comme indivisible. En effet une prestation partielle ne me procurerait pas ici une utilité proportionnelle à celle que me procurerait la prestation totale; que pourrais-je faire d'une partie du terrain, puisque la totalité est nécessaire à ma construction? L'obligation sera donc indivisible en vertu de notre volonté : si je meurs avant qu'elle soit exécutée, un seul de mes héritiers aura droit d'en exiger l'exécution intégrale; si c'est vous qui mourez, je pourrai exiger l'exécution intégrale d'un seul de vos héritiers.

La question de savoir s'il y a indivisibilité d'obligation est donc une question d'intention des parties contractantes. En cas de difficulté sur le point de savoir si cette intention existe, il appartiendra au juge de statuer.

C'est à l'indivisibilité d'obligation que se réfère l'art. 1218, ainsi conçu : « *L'obliga-*

(1) Si elle était déterminée par la convention même, la servitude serait immédiatement établie comme droit réel, et il n'y aurait plus à considérer l'obligation de la créer, puisque cette obligation serait réputée immédiatement exécutée. Arg. art. 1138 al. 1.

» *tion est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par* » *sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend* » *pas susceptible d'exécution partielle* ». Mais on a remarqué avec raison que la partie finale de ce texte permettrait de confondre l'indivisibilité d'obligation avec l'indivisibilité de paiement. Pour prévenir cette confusion, il aurait fallu substituer les mots *susceptible* DE DIVISION aux mots *susceptible* D'EXÉCUTION PARTIELLE, qui terminent l'article.

3. *Indivisibilité de paiement.*

995. Dumoulin appelait cette dernière espèce d'indivisibilité, qui n'en est pas une, ainsi qu'on va le voir, *individuum solutione tantum.* L'indivisibilité de paiement n'affecte que l'exécution de l'obligation, et non l'obligation elle-même. L'objet de l'obligation est divisible, l'obligation elle-même demeure divisible; seulement il résulte, « *soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit* » *de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a* » *été que la dette ne pût s'acquitter partiellement* ». Ce sont les termes de l'art. 1221-5° qui régit l'indivisibilité *solutione tantum.* En voici un exemple : Un condamné, qui subit la contrainte par corps pour une dette résultant d'un délit, stipule la somme nécessaire pour payer son créancier et obtenir ainsi la liberté de sa personne; il résulte ici « de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention » des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement » (art. 1221-5°). En effet la prestation d'une partie seulement de la somme promise serait sans aucune utilité pour le stipulant, puisque la somme totale lui est nécessaire pour réaliser le but qu'il se propose. Il y aura donc indivisibilité de paiement. Si le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, un seul pourra être forcé de payer le total.

Supposons au contraire dans notre espèce que ce soit le créancier qui vienne à mourir; un seul de ses héritiers pourra-t-il exiger l'exécution intégrale de l'obligation ? Non, l'obligation active se divisera entre eux, et chacun n'en pourra demander l'exécution que pour sa part. L'art. 1221 al. 1 est formel : « Le principe établi » dans l'article précédent [il s'agit du principe de la division des créances et des » dettes] reçoit exception *à l'égard des héritiers* DU DÉBITEUR... ». Donc il conserve son empire à l'égard des héritiers du créancier. Et c'est là précisément la différence qui existe entre l'indivisibilité d'obligation et l'indivisibilité de paiement. L'indivisibilité d'*obligation* empêche que l'obligation se divise soit au point de vue actif, soit au point de vue passif; elle ne se divisera pas plus entre les héritiers du créancier qu'entre ceux du débiteur. Au contraire, l'indivisibilité de *paiement* ne produit aucun effet par rapport aux héritiers du créancier, mais seulement par rapport aux héritiers du débiteur.

On voit que l'indivisibilité de paiement comme l'indivisibilité d'obligation résulte de la volonté des parties contractantes, et en définitive ce sont deux choses qui, sans se confondre, se ressemblent cependant beaucoup. Aussi la question de savoir si les parties ont entendu établir une indivisibilité d'obligation ou une indivisibilité de paiement pourra dans certains cas être fort délicate. Au juge il appartiendra de la résoudre en cas de difficulté, comme toutes les questions d'interprétation de volonté.

On voit également que l'obligation indivisible *solutione tantum* produit tous les effets de l'obligation divisible, sauf en ce qui concerne le paiement, qui ne peut pas être fait divisément par les héritiers du débiteur. On s'explique ainsi très bien que le code civil nous la présente comme une exception aux règles ordinaires qui régissent l'effet des obligations divisibles, et qu'il ne lui donne même pas le nom d'obligation indivisible, contrairement à ce que fait Pothier. C'est là un des cas assez rares où notre législateur n'a pas fait fausse route en se séparant de son guide ordinaire.

§ I. *Des effets de l'obligation divisible.*

996. Nous connaissons déjà par anticipation la disposition de l'art. 1220, ainsi conçu : « *L'obligation qui est susceptible de division, » doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était » indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héri- » tiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer » que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme » représentant le créancier ou le débiteur* ».

On se souvient (*supra* n. 329) que ce texte ne règle pas une question de *contribution* entre les divers héritiers du débiteur ou du créancier, mais une question d'*obligation*. En d'autres termes, il ne s'agit pas de savoir quelle portion de la dette chaque héritier du débiteur décédé doit supporter définitivement, mais bien quelle portion il doit payer, sur la poursuite du créancier ; de même qu'en sens inverse, si c'est le créancier qui est décédé, il ne s'agit pas de savoir comment se répartira définitivement la créance entre ses divers héritiers, mais bien de quelle portion de cette créance chaque héritier du créancier pourra exiger le paiement. En un mot, la loi règle ici les rapports des héritiers de l'une des parties, non entre eux, mais à l'égard de l'autre partie.

Il peut arriver que le créancier et le débiteur soient morts l'un et l'autre avant que l'obligation ait reçu son exécution ; alors, en supposant l'obligation divisible, la division légale s'opérera des deux côtés, c'est-à-dire au point de vue actif et au point de vue passif tout à la fois. Ainsi, en supposant que le débiteur et le créancier soient morts, laissant, le premier deux héritiers pour portions égales, et le second trois, la dette se divisera par moitié entre les deux héritiers du débiteur et la créance par tiers entre les héritiers du créancier ; chaque héritier du créancier pourra donc demander à chaque héritier du débiteur un tiers de la moitié de la dette, c'est-à-dire un sixième.

La loi ne parle ici que du cas où la pluralité des sujets actifs ou des sujets passifs de l'obligation résulte du décès soit du créancier, soit du débiteur. On répète partout que ce qu'elle dit pour cette hypothèse devrait s'appliquer par analogie au cas où il y aurait dès l'origine pluralité de créanciers ou de débiteurs, la dette ayant été contractée conjointement par plusieurs ou envers plusieurs sans solidarité. Mais ce langage ne nous paraît pas tout à fait exact. Nous ne nions pas qu'en pareil cas l'obligation se divisera entre les divers créanciers ou les divers débiteurs, si elle est divisible ; mais la division se fera en vertu de la volonté des parties, et non en vertu des dispositions de la loi ; par conséquent elle pourra s'opérer par portions inégales entre les divers créanciers ou les divers débiteurs, si telle a été la volonté des parties. Au cas où rien ne viendrait révéler cette volonté, la division s'opérerait naturellement par portions égales.

997. L'art. 1221 indique cinq exceptions au principe de la division des dettes entre les héritiers du DÉBITEUR : « *Le principe établi dans » l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur, » — 1° Dans le cas où la dette est hypothécaire ; — 2° Lorsqu'elle est d'un » corps certain ; — 3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au » choix du créancier, dont l'une est indivisible ; — 4° Lorsque l'un des » héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ; — » 5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose*

» *qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat,* » *que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter par-* » *tiellement. — Dans les trois premiers cas, l'héritier qui possède la* » *chose due ou le fonds hypothéqué à la dette, peut être poursuivi pour le* » *tout sur la chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre* » *ses cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette,* » *et dans le cinquième cas, chaque héritier peut aussi être poursuivi pour* » *le tout; sauf son recours contre ses cohéritiers* ».

Ce texte, remarquons-le tout de suite, laisse intact le principe de la division des créances entre les héritiers du créancier. Cela résulte très positivement de la formule employée par l'alinéa 1, ainsi conçu : « *Le principe établi dans l'article précé-* » *dent reçoit exception à l'égard des héritiers du* DÉBITEUR ». En d'autres termes, dans les hypothèses exceptionnelles prévues et réglées par l'art. 1221, un seul des héritiers du débiteur pourra en cas de décès de celui-ci être forcé d'exécuter intégralement l'obligation, bien qu'elle soit divisible; mais si, au contraire, c'est le créancier qui est mort laissant plusieurs héritiers, la créance se divisera entre eux : un seul n'aurait pas le droit d'exiger l'exécution intégrale de l'obligation.

998. Cela posé, étudions séparément chacun des cinq cas prévus par l'art. 1221; on va voir que deux d'entre eux ne contiennent pas de véritables exceptions à la règle.

1° « *Dans le cas où la dette est hypothécaire* ». Supposons que le débiteur d'une dette garantie par une hypothèque vienne à mourir laissant deux héritiers. Si le créancier agit contre eux par l'action personnelle, il ne pourra demander à chacun que sa part héréditaire dans la dette, soit la moitié. Mais, s'il agit par l'action hypothécaire, il pourra demander le tout à celui des héritiers dans le lot duquel aura été mis l'immeuble hypothéqué. C'est une conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque. L'héritier poursuivi par l'action hypothécaire se trouve ici dans la même situation que tout autre détenteur d'un immeuble hypothéqué : il ne peut échapper à l'action qu'en payant toute la dette ou en délaissant l'immeuble hypothéqué. Est-ce une exception au principe de la division des dettes entre les héritiers du débiteur, comme paraît le dire notre texte? Nullement; car ce n'est pas l'*héritier* que le créancier poursuit, c'est le *détenteur* de l'immeuble hypothéqué, *res non persona convenitur;* et, ainsi qu'on vient de le voir, nous n'avons ici qu'une application pure et simple du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Ce n'est pas la dette qui ne se divise pas, comme le dit inexactement la loi; c'est l'hypothèque.

Nous savons que l'héritier, qui, par l'effet de l'action hypothécaire, a payé toute la dette, peut recourir contre ses cohéritiers pour leur part contributoire (*supra* n. 296).

2° « *Lorsqu'elle* [la dette] *est d'un corps certain* ». Des héritiers opèrent entre eux le partage de la succession qui leur est échue; l'un d'eux reçoit dans son lot un corps certain dont le défunt était débiteur, par exemple un tableau qu'il avait vendu mais non encore livré. L'acheteur pourra exercer son action en délivrance *pour le tout* contre cet héritier, car lui seul peut satisfaire à cette action : sauf le recours de l'héritier, qui paiera seul la dette dont le défunt était tenu de ce chef, contre ses cohéritiers, si cette dette n'a pas été mise à sa charge exclusive par une clause de l'acte de partage.

La disposition que nous venons d'analyser recevra son application, quelle que soit la cause de la dette du corps certain, aussi bien par conséquent lorsqu'elle résultera d'un dépôt ou d'un prêt à usage que lorsqu'elle résultera d'une vente.

3° « *Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont*

» *l'une est indivisible* ». Voici l'espèce prévue par ce texte. Je suis débiteur envers vous d'une obligation alternative portant sur deux choses à votre choix dont l'une est indivisible : par exemple je vous dois une servitude de passage sur mon fonds en faveur du vôtre ou 1,000 fr., à votre choix; je viens à mourir avant que vous ayez exercé votre choix, et je laisse plusieurs héritiers. Un premier point est certain, c'est que cet événement ne portera nulle atteinte à votre droit de choisir. Cela posé, de deux choses l'une : ou vous choisirez la chose divisible, et alors l'obligation se divisera entre mes héritiers proportionnellement à leurs parts héréditaires; ou vous choisirez la chose indivisible, et alors l'obligation ne se divisera pas. De sorte que nous n'avons ici qu'une application pure et simple des règles ordinaires de l'art. 1220, et non une exception, comme le dit la loi.

4° « *Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obli-* » *gation* ». Le titre dont la loi veut parler ici est l'acte juridique qui a donné naissance à l'obligation : ce peut être une convention ou un testament.

Ce serait une convention dans l'espèce suivante : en achetant une maison, le défunt a stipulé que, s'il venait à mourir avant d'avoir payé le prix, l'aîné de ses enfants serait seul chargé de ce paiement. Cette stipulation constitue à notre avis un pacte sur une succession future, et elle aurait dû à ce titre être déclarée nulle, si la loi ne l'avait pas autorisée par une disposition formelle. En l'autorisant, par dérogation aux règles du droit commun, la loi réserve à l'héritier chargé seul du paiement un recours contre ses cohéritiers dans la mesure de leurs parts héréditaires; et, comme toute disposition qui déroge au droit commun est de stricte interprétation, on doit en conclure qu'il y aurait lieu de déclarer nulle la clause de la convention qui priverait l'héritier de ce recours.

Le titre, qui charge un seul des héritiers de l'exécution intégrale de l'obligation, peut aussi être un testament. Ainsi un testateur a écrit : « Je lègue 20,000 fr. à Paul; l'aîné de mes enfants sera seul chargé du paiement de ce legs ». L'héritier grevé de cette charge pourra, après y avoir satisfait, exercer un recours contre ses cohéritiers, conformément à l'art. 1221 *in fine,* à moins cependant que, par une disposition formelle, le testateur ne l'ait privé de ce recours. Cette clause, qui, ainsi que nous venons de le voir, serait nulle dans une convention, comme constituant un pacte sur une succession future non autorisé par la loi, serait certainement valable dans un testament, acte destiné précisément à régler la succession future du disposant.

§ II. *Des effets de l'obligation indivisible.*

999. Nous avons déjà noté que l'obligation indivisible *solutione tantum* est considérée par le législateur comme une obligation divisible. Ce qui est dit dans notre paragraphe, intitulé *Des effets de l'obligation indivisible,* est donc inapplicable à l'indivisibilité de paiement.

Les effets de l'obligation indivisible sont les mêmes que ceux de l'obligation divisible, lorsque le lien de l'obligation se concentre entre un créancier unique et un débiteur unique (art. 1220). Il n'en est plus de même, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs : ce qui peut arriver, soit parce que dès l'origine l'obligation a été contractée par plusieurs débiteurs ou au profit de plusieurs créanciers, soit parce que le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers. En pareil cas, si l'obligation est divisible, elle se divise soit activement, soit passivement; au contraire elle ne se divise ni activement ni passivement, si elle est indivisible.

Remarquons toutefois qu'ici, comme dans l'art 1220, la loi ne règle que les rapports de créancier à débiteur : il s'agit de savoir ce que doit payer chaque débiteur ou ce qui doit être payé à chaque créancier. Elle ne s'occupe nullement des rapports des divers créanciers ou des divers débiteurs entre eux : le profit résultant de la créance ou la perte résultant de la dette se répartirait entre eux d'après les mêmes règles que si l'obligation était divisible.

1000. Nous avons dit d'abord que l'obligation indivisible ne se divise pas au point de vue actif. Si donc une obligation de cette nature a été contractée envers plusieurs créanciers, un seul pourra exiger l'exécution intégrale. Il en sera de même si le créancier unique de l'obligation est mort laissant plusieurs héritiers. La loi qui ne prévoit pas le premier cas, prévoit le second dans l'art. 1224 al. 1, ainsi conçu : « *Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution* » *de l'obligation indivisible* ».

L'alinéa 2 de l'article ajoute : « *Il ne peut seul faire la remise de la totalité de la* » *dette; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a* » *seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la* » *chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la* » *remise ou qui a reçu le prix* ». Ce texte doit nous arrêter quelque temps. Chaque créancier ou chaque héritier du créancier peut exiger le paiement intégral de la dette indivisible, parce qu'un paiement partiel n'est pas possible. Mais la créance ne lui appartient pas pour cela tout entière. Nous l'avons dit, dans les rapports des divers cocréanciers entre eux, la créance (ou du moins le profit qu'elle représente) se divise, ordinairement par portions égales. Dans ces conditions, un seul des intéressés ne devait pas avoir le droit de disposer de la créance pour le tout au préjudice des autres; mais il devait avoir le droit d'en disposer pour sa part. Cette considération explique la disposition de notre article. La remise de la dette, faite par un seul des héritiers du créancier, ne produira aucun effet par rapport aux autres. Chacun de ces derniers pourra donc exiger l'exécution de l'obligation, et l'exiger intégralement, puisque l'obligation est indivisible et non susceptible par conséquent d'être payée pour partie; mais comme la remise effectuée par son cohéritier doit avoir au moins effet dans la mesure de la part de celui-ci, il ne pourra exiger cette exécution qu'en tenant compte au débiteur de la part revenant dans la créance au cohéritier qui a fait la remise.

Même solution, *mutatis mutandis*, au cas où l'un des héritiers du créancier a seul reçu le prix au lieu de la chose, et d'une manière générale au cas où il a fait novation avec le débiteur.

1001. L'obligation indivisible ne se divise pas non plus au point de vue passif. C'est ce que disent les art. 1222 et 1223, ainsi conçus :

Art. 1222. *Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.*

Art. 1223. *Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.*

L'art. 1225 ajoute : « *L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation,* » *peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette* » *ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut* » *alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers* ».

Ce dernier texte est difficile, et il n'a peut-être pas toute la netteté désirable. Il a été emprunté à Pothier (*Obligations*, n. 330), et par conséquent les explications que donne ce jurisconsulte en constituent le meilleur commentaire.

Pothier dit qu'il faut distinguer ici avec Dumoulin trois cas.

1er CAS. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par celui des héritiers du débiteur qui est assigné. Par exemple il s'agit d'une servitude de passage, que le défunt avait promis d'établir, au profit d'un fonds voisin, sur une partie de son propre fonds, à déterminer par une opération ultérieure qui n'était pas encore accomplie lors de son décès. Le partage de la succession étant opéré, le créancier agit contre celui des héritiers dans le lot duquel a été mis l'immeuble sur lequel la servitude doit être établie; lui seul en effet peut exécuter l'obligation que le défunt a contractée de ce chef. Cet héritier ne pourra pas prétendre que ses cohéritiers doivent être condamnés comme lui à l'exécution de l'obligation ; tout ce qu'il peut soutenir, c'est qu'il a le droit, la servitude une fois établie, d'exercer une action récursoire contre chacun d'eux dans la mesure de sa part héréditaire, car, si l'obligation ne se divise pas dans les rapports des héritiers du débiteur avec le créancier, elle se divise dans les rapports de ces héritiers entre eux. L'héritier poursuivi pourra donc demander un délai pour mettre ses cohéritiers en cause, afin qu'il soit statué par un même jugement sur l'exécution de l'obligation indivisible dont il est seul tenu envers le créancier et sur le recours que cette exécution fera naître à son profit contre ses cohéritiers. Ce droit de recours n'existerait pas, et par suite l'héritier poursuivi n'aurait pas le droit de mettre ses cohéritiers en cause, si une clause de l'acte de partage avait mis la dette de la servitude à sa charge exclusive. Enpratique, c'est ce qui arrivera presque toujours.

2e CAS. La dette est de nature à pouvoir être acquittée indifféremment soit par l'héritier assigné, soit par chacun de ses cohéritiers. Pothier cite comme exemple le cas où il s'agit d'une servitude que le défunt s'est engagé à faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers ; il est clair que l'un quelconque des héritiers peut faire auprès de ce tiers les démarches nécessaires pour obtenir la constitution de la servitude. Ici la situation du cohéritier assigné n'est plus la même que dans l'hypothèse précédente. Tout à l'heure il devait être seul condamné envers le créancier, puisque seul il pouvait acquitter la dette; il s'agissait seulement de régler le recours que l'exécution de l'obligation ferait naître à son profit contre ses cohéritiers. Dans notre hypothèse au contraire, l'obligation est de nature à pouvoir être acquittée par l'un des cohéritiers aussi bien que par l'autre ; pourquoi donc alors un seul serait-il condamné à l'exécuter ? L'héritier assigné a bien le droit de dire : « La condamnation à intervenir doit frapper mes cohéritiers aussi bien que moi, car ils doivent comme moi et au même titre que moi : je dois comme eux *totum,* mais pas plus qu'eux je ne dois *totaliter;* je demande en conséquence un délai pour mettre mes cohéritiers en cause, afin que le jugement qui me condamnera les condamne également ». Au premier abord on ne voit pas l'avantage que cela procurera à l'héritier assigné : en effet, une fois la condamnation prononcée contre lui et ses cohéritiers, le créancier pourra le poursuivre seul et exiger de lui l'exécution intégrale de l'obligation, puisqu'elle est indivisible; qu'aura-t-il donc gagné à faire condamner ses cohéritiers ? Il obtiendra d'abord cet avantage : que, ses cohéritiers étant condamnés comme lui, le créancier s'attaquera peut-être à l'un d'eux pour obtenir l'exécution de l'obligation; la certitude qu'il avait d'être choisi pour cette exécution se trouve ainsi transformée en une simple probabilité. D'un autre côté, si l'héritier assigné ne met pas ses cohéritiers en cause, il devra être seul condamné aux dommages et intérêts pour le cas d'inexécution, sauf son recours contre ses cohéritiers; tandis que, s'il les met en cause, ils seront tous condamnés aux dommages et intérêts pour ledit cas d'inexécution, et cette dette étant divi-

sible, se divisera de plein droit entre eux, même dans leurs rapports avec le créancier.

3e CAS. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les héritiers conjointement. Par exemple il s'agit d'une servitude de passage, que le défunt s'est obligé à établir sur une portion de son fonds à déterminer par une opération ultérieure, et le fonds est encore indivis entre les héritiers au moment où le créancier intente son action contre l'un d'eux ; le concours de tous les héritiers est nécessaire pour l'établissement de la servitude, car un fonds commun ne peut pas être grevé de servitude sans le consentement de tous les copropriétaires. Dans cette hypothèse comme dans la précédente, l'héritier assigné pourra demander un délai pour mettre ses cohéritiers en cause : auquel cas ils seront tous condamnés à l'exécution de l'obligation, et pour le cas d'inexécution à des dommages et intérêts dont chacun sera débiteur pour sa part. Si l'héritier assigné ne met pas ses cohéritiers en cause, il sera seul condamné pour le tout à l'exécution de l'obligation, et, en cas d'inexécution, aux dommages et intérêts, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Pothier ajoute : « Si l'un des cohéritiers déclare qu'il est prêt autant qu'il est en lui d'accomplir l'obligation, et qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle soit accomplie, il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution ; car celui qui offre n'est pas en demeure ». Les auteurs modernes admettent généralement cette solution, bien qu'il s'élève à ce sujet des doutes très graves.

En définitive, l'acte 1225 va un peu loin, quand il dit en termes absolus que, si la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, celui-ci ne peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers. Il le peut dans tous les cas ; mais, dans le premier, c'est-à-dire quand la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, c'est uniquement pour faire statuer sur le recours qu'il est en droit d'exercer contre ses cohéritiers, tandis que dans les deux autres, c'est pour les faire condamner concurremment avec lui à exécuter l'obligation.

Parallèle entre l'indivisibilité et la solidarité.

1002. Lorsque plusieurs débiteurs sont tenus d'une même obligation indivisible, le créancier peut s'adresser à celui qu'il veut choisir et exiger de lui un paiement intégral (art. 1222). A ce point de vue, l'obligation indivisible produit le même effet que l'obligation solidaire (art. 1203). Mais sous d'autres aspects il existe des différences considérables entre les deux espèces d'obligations. L'art. 1219 nous le fait pressentir quand il dit : « *La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le* » *caractère d'indivisibilité* ». Nous avons déjà signalé une de ces différences au n° 967. Résumons-là ici en quelques mots. En demandant à l'un des codébiteurs le paiement intégral de la dette solidaire, le créancier ne lui demande que ce qu'il doit, car chaque débiteur doit le tout. Au contraire, en demandant à un seul débiteur l'exécution intégrale de l'obligation indivisible, le créancier demande plus que ce débiteur ne doit, car il ne doit que sa part; pourquoi donc peut-il le forcer à payer le tout ? parce que l'obligation, étant indivisible, n'est pas susceptible d'une exécution partielle. En un mot, le créancier qui poursuit l'un des débiteurs solidaires peut lui dire : « Vous devez le tout, payez-moi ». Au contraire le créancier, qui poursuit l'un des débiteurs d'une même obligation indivisible, lui dit : « Vous ne devez qu'une part ; mais, comme il vous est impossible de ne payer que cette part, puisque l'obligation, étant indivisible, n'est pas susceptible d'exécution partielle, et que cependant il faut bien que je sois payé, je vous demande le tout ». Nous savons qu'on exprime cette différence dans le langage de l'école, en disant que le codébiteur solidaire doit *totum et totaliter*, tandis que chacun des débiteurs d'une même dette

indivisible doit *totum*, mais non *totaliter*. On pourrait, ce semble, traduire ces locutions, en disant que chacun des codébiteurs solidaires est obligé au tout et doit le tout, tandis que chacun des débiteurs d'une même dette indivisible est obligé au tout mais ne doit que sa part. Les auteurs expliquent autrement le sens de ces expressions; mais leurs explications ne nous paraissent pas bien nettes.

Il y a d'autres différences; nous indiquerons les principales :

1° La solidarité a sa source dans le titre même en vertu duquel les débiteurs sont obligés (contrat, testament ou loi). Au contraire, l'indivisibilité résulte de la nature de l'obligation, qui n'est pas susceptible de division, à raison soit de la nature de la prestation qu'elle a pour objet (*individuum natura*), soit de la volonté des parties contractantes (*individuum obligatione*).

Aussi l'obligation indivisible se divise-t-elle entre les divers débiteurs, lorsque l'obstacle qui s'opposait à la division a cessé : ce qui arrive, lorsqu'elle se trouve convertie en une dette de somme d'argent, par conséquent en une obligation divisible (Cass., 14 juin 1887, Dall. pér., 1888. 1. 19); tandis que cette circonstance n'empêche pas l'obligation solidaire de demeurer pour le total à la charge de chacun des débiteurs (art. 1205 al. 1).

2° L'obligation solidaire se divise entre les héritiers du créancier; chacun ne peut demander que sa part dans la dette solidaire (arg. art. 1220). Au contraire l'obligation indivisible ne se divise pas entre les héritiers du créancier; un seul peut demander l'exécution intégrale de l'obligation (art. 1224 al. 1).

3° Il en est de même au point de vue passif : l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur, chacun n'en est tenu que pour sa part; tandis que l'obligation indivisible ne se divise pas entre les héritiers du débiteur, chacun en est tenu pour le total (art. 1223).

On s'explique ainsi que l'interpellation, adressée à l'un des héritiers du débiteur solidaire décédé, n'interrompe pas la prescription à l'égard des autres, tandis qu'il en est autrement de l'interpellation adressée à l'un des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible (art. 2249 al. 2).

4° La solidarité suppose entre les divers codébiteurs solidaires l'existence d'un mandat, dont nous avons déterminé la nature et l'étendue. Ce mandat n'existe pas entre ceux qui ont contracté conjointement une même obligation indivisible. Cela explique, d'une part, que la mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires produise effet à l'égard des autres (art. 1207), tandis qu'il en est autrement entre les divers débiteurs d'une même obligation indivisible, et d'autre part que la perte de la chose, survenue par la faute de l'un des débiteurs solidaires, laisse subsister l'obligation à l'égard des autres, qui n'en sont pas moins tenus solidairement du prix de la chose (art. 1205), tandis que la perte de l'objet d'une obligation indivisible, survenue par la faute de l'un des débiteurs tenus de cette obligation, est considérée comme un cas fortuit par rapport aux autres et entraîne leur libération.

5° Le codébiteur d'une dette indivisible, poursuivi pour l'exécution intégrale de l'obligation, peut demander un délai pour mettre ses codébiteurs en cause (art. 1225). Le même droit n'appartient pas au codébiteur solidaire poursuivi pour la totalité. Cette différence nous paraît contestable. Cpr. *supra* n. 971.

Il existe encore plusieurs autres différences entre la solidarité et l'indivisibilité; mais celles que nous venons d'indiquer suffisent pour nous montrer que ce sont choses qu'il ne faut pas confondre. La confusion cependant se rencontre fréquemment dans les décisions judiciaires, et la doctrine elle-même, à laquelle on est en droit de demander plus de précision dans le langage juridique, n'a pas toujours su l'éviter.

SECTION VI

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES

1003. *Dommages et intérêts conventionnels* et *clause pénale* sont une seule et même chose sous des noms différents. La clause pénale en effet n'est pas autre chose que l'évaluation, faite par les parties, des dommages et intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution (dommages et intérêts *compensatoires*) ou le retard dans l'exécution de l'obligation (dommages et intérêts *moratoires*). La section qui va nous occuper aurait donc pu faire un appendice de celle où la loi traite des dommages et intérêts.

1004. La clause pénale a un double but : 1° assurer l'exécution de la convention à laquelle elle se rattache; 2° au cas où ce résultat ne pourrait être atteint, soustraire à l'arbitraire du juge la fixation des dommages et intérêts.

1005. Nous disons que le premier but de la clause pénale est d'assurer l'exécution de la convention : le débiteur exécutera probablement son obligation pour ne pas encourir la peine. « *La clause pénale* », dit l'art. 1226, « *est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécu-* » *tion d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ».

De là il suit que la stipulation d'une clause pénale n'enlève pas au créancier la faculté d'exiger par les voies de droit l'exécution de l'obligation : « *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le* » *débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation* » *principale* », dit l'art. 1228. Le débiteur qui n'exécute pas son obligation ne pourra donc pas forcer le créancier à se contenter de la peine. Destinée à assurer l'exécution de la convention, la clause pénale ne saurait être invoquée par le débiteur comme un moyen de se dégager; elle a pour but de fortifier le lien de l'obligation, et non de le relâcher en donnant au débiteur un moyen de le rompre.

La clause pénale, étant destinée à assurer l'exécution d'une convention, se rattache nécessairement à cette convention par le lien qui unit l'accessoire au principal. L'art. 1227 ne fait que déduire une double conséquence de ce principe, lorsqu'il dispose : « *La nullité de l'obliga-* » *tion principale entraîne celle de la clause pénale. — La nullité de* » *celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale* ».

Le principal pouvant subsister sans l'accessoire, il allait de soi que la nullité de la clause pénale ne devait pas entraîner celle de l'obligation principale à laquelle elle se rattache. En pareil cas, la clause pénale sera réputée non écrite, et les dommages et intérêts, auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation, seront réglés conformément au droit commun.

Au contraire, l'accessoire ne pouvant pas subsister sans le principal, il s'ensuivait que la nullité de l'obligation principale devait entraîner celle de la clause pénale. Ainsi serait nulle la clause pénale destinée à assurer l'exécution d'une promesse de mariage (dédit de mariage); car une semblable promesse n'est pas obligatoire.

1006. Toutefois le principe, que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, souffre trois exceptions.

La première a lieu, lorsque la nullité de l'obligation principale, à laquelle se rattache la clause pénale, est fondée sur le défaut d'intérêt du créancier; car alors la clause pénale purge le vice dont l'obligation est atteinte, en faisant apparaître cet intérêt; de sorte que, par une inversion des règles ordinaires, c'est la clause pénale qui donne la vie à l'obligation principale, au lieu de la recevoir d'elle. Ainsi la stipulation pour autrui, que l'art. 1119 déclare nulle pour défaut d'intérêt du créancier, devient valable, lorsqu'elle est accompagnée d'une clause pénale (*supra* n. 825 *in fine*).

La deuxième exception a lieu, lorsque la nullité de l'obligation principale tient au défaut de lien. Nous songeons aux promesses pour autrui : une semblable promesse, que l'art. 1119 déclare nulle parce qu'elle n'oblige personne, devient valable, quand celui qui l'a faite s'est engagé par une clause pénale à quelque chose en cas d'inexécution.

Enfin la dernière exception a trait au cas où la nullité de l'obligation principale donne lieu à des dommages et intérêts. Ainsi la vente de la chose d'autrui, quoique nulle et précisément parce qu'elle est nulle, peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit de l'acheteur (art. 1599). Rien n'empêche les parties de fixer le montant de ces dommages et intérêts au moyen d'une clause pénale.

1007. Le deuxième but de la clause pénale est de soustraire à l'arbitraire du juge, et aussi aux lenteurs et aux frais qu'entraîne toujours l'intervention de la justice, la fixation des dommages et intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation. Ce but ne serait pas atteint, si le tarif établi d'un commun accord par les parties pouvait être critiqué soit par le créancier, qui viendrait soutenir que les dommages et intérêts fixés par la clause pénale sont insuffisants, soit par le débiteur, qui prétendrait qu'ils sont exagérés. Aussi avons-nous vu que l'art. 1152, s'écartant avec raison sur ce point des traditions de notre ancien droit, ne permet pas au juge de modifier, soit en plus, soit en moins, le taux des dommages et intérêts conventionnels. La clause pénale est une loi que les parties se sont imposée et qu'elles doivent subir.

Il y a cependant un cas dans lequel le juge est autorisé à diminuer le montant de la clause pénale; il est indiqué par l'art. 1231 : « *La peine*

» *peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été* » *exécutée en partie* ». Ce texte suppose sans le dire que l'exécution partielle a procuré quelque utilité au créancier. Ainsi un vigneron s'est engagé à façonner deux hectares de vignes, à peine de 2,000 fr. de dommages et intérêts; s'il a façonné un hectare, il est juste que la peine soit diminuée proportionnellement, par conséquent de moitié, puisqu'il y a inexécution pour moitié seulement, car l'exécution partielle m'a été profitable. Mais on conçoit qu'il n'y aurait plus lieu de diminuer la peine à raison de l'exécution partielle, si cette exécution n'a procuré aucun profit au créancier, par exemple s'il s'agit d'un peintre qui a promis sous une peine de peindre un tableau et qui a laissé son travail inachevé.

1008. Aux termes de l'art. 1229 al. 1 : « *La clause pénale est la* » *compensation* [c'est-à-dire la *représentation, l'estimation*], *des dom-* » *mages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obliga-* » *tion principale* ».

De là résultent plusieurs conséquences :

a. — La première est déduite par l'alinéa 2 de l'art. 1229 : « *Il* » [*le créancier*] *ne peut demander en même temps le principal et la peine,* » *à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard* ».

Lorsque la peine a été stipulée à raison de l'inexécution, le créancier ne peut pas demander le principal et la peine tout à la fois : ce serait un double emploi, puisque la peine est l'équivalent de l'exécution. Il en est autrement, lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard; car alors elle est la compensation du préjudice causé par le retard, et elle doit, pour remplir son but, être allouée sans préjudice du principal. Il y a donc grand intérêt à savoir si la peine a été stipulée à raison de l'inexécution ou à raison du retard : c'est une question de fait, dont la solution, en cas de difficulté, rentre dans le domaine du juge. La plupart du temps la comparaison de l'importance relative de la peine et du principal ne permettra guère de doute. La peine, dont le montant est égal ou à plus forte raison supérieur à la valeur du principal, aura presque toujours été stipulée à raison de l'inexécution ; celle dont le montant est très minime par rapport à celui de l'obligation principale l'aura certainement été à raison du simple retard.

b. — Le créancier doit mettre le débiteur en demeure pour lui faire encourir la peine; car les dommages et intérêts soit compensatoires, soit moratoires ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure (art. 1146). C'est ce que dit l'art. 1230 : « *Soit que l'obligation primi-* » *tive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle* » *doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est* » *obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure* ».

L'obligation de *prendre,* dont la loi nous parle ici pour la première fois, est celle de prendre livraison de la chose. On conçoit que le débiteur puisse avoir intérêt à ce que le créancier prenne livraison à l'époque convenue, et qu'il ait stipulé une peine pour le cas où le créancier ne satisferait pas à cette obligation.

Hypothèses particulières.

1009. « *Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est* » *d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des* » *héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a* » *fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion,* » *et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encou-* » *rir la peine* » (art. 1232).

Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est indivisible, elle n'est pas susceptible d'exécution partielle, ni par suite de contravention partielle. On s'explique ainsi facilement que la contravention d'un seul des héritiers du débiteur fasse encourir la peine pour le tout. Reste à savoir contre qui la peine pourra être demandée. La loi répond : pour le total contre celui par le fait duquel la peine a été encourue, et contre les autres pour leur part seulement, en supposant que la peine soit divisible ; car du moment que l'obligation indivisible se trouve convertie en une obligation divisible, elle se divise entre les divers débiteurs.

Aux termes de l'art. 1233 al. 1 : « *Lorsque l'obligation primitive contractée sous* » *une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débi-* » *teur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu* » *dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'on exé-* » *cutée.*

Ainsi j'ai stipulé de Paul qu'il me livrerait trente mesures de blé, sous peine de 900 fr. de dommages et intérêts en cas d'inexécution ; il meurt laissant trois héritiers ; sa dette se divise : chacun des héritiers me doit dix mesures de blé. Si l'un d'eux ne me les donne pas, il me devra 300 fr. en vertu de la clause pénale.

L'article ajoute dans son alinéa 2 : « *Cette règle reçoit exception lorsque la clause* » *pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiel-* » *lement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce* » *cas, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers* » *pour leur portion seulement, sauf leur recours* ».

Cette exception est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes.

CHAPITRE V

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

1010. L'art. 1234 énumère les causes d'extinction des obligations : » *Les obligations s'éteignent, — Par le paiement, — Par la novation, —* » *Par la remise volontaire,— Par la compensation, — Par la confusion, —* » *Par la perte de la chose,— Par la nullité ou la rescision, — Par l'effet* » *de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent,—* » *Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier* ».

Chacune des sept premières causes d'extinction énumérées par ce texte fait l'objet d'une section de notre chapitre. Quant à la huitième, la condition résolutoire, la loi nous en a déjà parlé au chapitre précé-

dent (art. 1183 et s.). Enfin notre article annonce que la prescription fait l'objet d'un titre particulier : ce qui s'explique à merveille, s'il est vrai, comme on l'admet généralement, que la prescription forme seulement obstacle à ce que le créancier puisse poursuivre efficacement l'exécution de l'obligation, mais n'éteint pas l'obligation. Nous aurons à examiner cette thèse en traitant de la prescription.

A l'énumération que donne l'art. 1234 il y a lieu d'ajouter :

1° Le mutuel dissentiment. Le lien que le consentement des parties a formé peut être détruit par un consentement en sens contraire (art. 1134 et *supra* n. 861).

2° L'expiration du temps pour lequel l'obligation a été formée. Tel serait le cas où j'aurais cautionné quelqu'un pour trois ans; à l'expiration de ce délai, je serai déchargé de mon obligation, si je n'ai pas été poursuivi. C'est ce que l'on appelle, improprement peut-être, le terme *résolutoire*.

3° L'impossibilité d'exécution. A l'impossible nul n'est tenu.

4° La mort de l'une des parties soit du débiteur, soit du créancier. — En général, les droits ou les obligations, résultant des contrats dans lesquels nous avons figuré, passent à nos héritiers (art. 1122). Mais ce principe reçoit exception dans certains cas soit en vertu de la nature du contrat, soit en vertu de la convention des parties, soit en vertu d'une disposition de la loi.

En vertu de la nature du contrat. On peut citer comme exemple l'obligation de payer les arrérages d'une rente viagère ; cette obligation s'éteint par la mort du crédi-rentier, en supposant, comme il arrive presque toujours, que la rente ait été constituée sur sa tête.

En vertu de la volonté des parties contractantes. C'est ainsi que le contrat de bail contient fréquemment la clause : que le bail cessera, si le preneur vient à mourir avant l'expiration du temps pour lequel il a été fait.

En vertu d'une disposition de la loi. Voyez notamment les art. 1795, 1865-3°, 2003 al. 4.

SECTION PREMIERE

DU PAIEMENT

1011. Cette section est divisée en cinq paragraphes. Le premier est intitulé *Du paiement en général ;* le deuxième *Du paiement avec subrogation;* le troisième *De l'imputation des paiements;* le quatrième *Des offres de paiement et de la consignation,* et le dernier *De la cession de biens.*

§ I. *Du paiement en général.*

1012. L'obligation (de *ob ligare*) est un lien de droit. Le mode le plus ordinaire de dissolution de ce lien est le paiement, et c'est pour cela que les Romains l'appelaient *solutio* (de *solvere, solutum, délier*), expression qui dans sa généralité pourrait comprendre tous les modes de dissolution des obligations.

Le paiement est l'accomplissement de la prestation promise, *naturalis rei debitæ præstatio;* c'est le *dénouement* du lien de l'obligation, tandis que les autres modes de dissolution en sont plutôt la *rupture.* Un débiteur paie en faisant ce qu'il a promis de faire. *Solvere dicimus eum qui facit quod facere promisit,* dit la loi romaine.

Le mot *paiement* ne désigne donc pas seulement dans la langue du droit, comme dans le langage usuel, la numération d'une somme d'argent, mais aussi toute autre prestation effectuée en exécution d'une obligation. Ainsi le vendeur paie en livrant la chose vendue, tout aussi bien que l'acheteur en comptant le prix. De même un ouvrier paie en accomplissant le travail qu'il s'est engagé à faire, tout aussi bien que celui qui l'a commandé en lui donnant le salaire promis.

1013. Le paiement étant la prestation de ce qui est dû, ne saurait se comprendre sans une dette qu'il est destiné à éteindre; il faut bien qu'un mode d'extinction éteigne quelque chose. C'est là tout ce que signifie à notre avis l'art. 1235 al. 1, quand il dit : « *Tout paiement* » *suppose une dette* ». Cette interprétation est confirmée par la déduction que la loi tire immédiatement de la prémisse qu'elle vient de poser : « *Ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition* ». Ainsi, après la mort de mon père dont je suis unique héritier, vous venez me réclamer une somme de 1,000 fr. qu'il vous devait; je paie; puis je trouve dans les papiers de la succession une quittance prouvant que mon père avait déjà payé cette dette. J'ai fait un paiement *sans cause,* puisque la dette que je me proposais d'éteindre en payant n'existait plus; en conséquence j'aurai le droit de *répéter,* c'est-à-dire de redemander, *repetere,* ce que j'ai payé par erreur, l'équité ne permettant pas que vous puissiez le conserver. C'est la *condictio indebiti,* qui n'est qu'un cas particulier de la *condictio sine causa.* Nous en traiterons sous les art. 1376 et s. Là est le siège de la matière.

1014. Aux termes de l'art. 1235 al. 2 : « *La répétition n'est pas* » *admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement* » *acquittées* ». Une obligation naturelle peut donc servir de base à un paiement. Aux yeux de la loi, le paiement, fait en exécution d'une semblable obligation, n'est pas un paiement sans cause, et il ne donne pas lieu par suite à la *condictio indebiti,* qui, comme nous venons de le dire, n'est qu'un cas particulier de la *condictio sine causa.*

Qu'est-ce qu'une obligation naturelle? On appelle obligation naturelle, dit Pothier, celle qui, «*dans le for de l'honneur et de la conscience,* oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu». Pothier cite comme exemple l'obligation contractée par une femme mariée non autorisée. Le paiement, fait par la femme, en exécution de cette obligation, à une époque où la cause de son incapacité a cessé, c'est-à-dire après la mort de son mari, ne pourra pas donner lieu à la répétition; l'obligation naturelle dont elle est tenue, suffit pour valider le paiement. Pothier ajoute qu'il faut encore considérer comme obligation naturelle: « une obligation civile, lorsque le débiteur a acquis contre l'action qui en résulte quelque fin de non-recevoir, *puta* par l'autorité de la chose jugée ou du serment décisoire, ou par le laps de temps requis pour la prescription..., tant que la fin de non-recevoir subsiste et qu'elle n'est pas couverte ». Ainsi celui qui paie volontairement une dette prescrite ne peut pas répéter ce qu'il a payé: la prescription prive le créancier de son droit d'action; mais elle laisse subsister à la charge du débiteur une obligation naturelle, qui peut servir de cause à un paiement.

La plupart des auteurs, reproduisant sous diverses formes la définition de Pothier, disent que les obligations naturelles sont celles qui dérivent de l'équité ou de la conscience, ou bien encore celles qu'imposent la délicatesse et l'honneur.

D'autres critiquent amèrement ces définitions, parce qu'elles permettent de confondre l'obligation naturelle avec les *devoirs moraux*, deux choses qu'il importe, dit-on, de distinguer Celui qui accomplit une prestation en exécution d'un devoir moral, par exemple l'homme riche qui fait l'aumône, fait une *donation;* au contraire celui qui accomplit une prestation en exécution d'une obligation naturelle, par exemple le failli concordataire qui désintéresse intégralement ses créanciers, fait un *paiement* non sujet à répétition. D'où toutes les différences entre la donation et le paiement. Mais quelle est la pierre de touche qui permettra de reconnaître les devoirs moraux des obligations naturelles? Là est la difficulté. Chaque auteur a son système. Aussi, en présence de ces divergences, n'est-il pas étonnant que la jurisprudence paraisse s'en tenir à la définition la plus large de l'obligation naturelle, qui laisse en définitive un pouvoir discrétionnaire au juge pour apprécier s'il y a ou non une obligation naturelle dans tel cas déterminé.

Quoi qu'il en soit, pour que le paiement fait en exécution d'une obligation naturelle ne puisse pas donner lieu à la répétition, il faut qu'il ait été fait *volontairement* (art. 1235) : ce qui ne signifie pas seulement *librement,* ni même *spontanément,* mais aussi *en connaissance de cause.* En d'autres termes, il faut que le débiteur ait payé, sachant qu'il n'y était pas tenu, connaissant parfaitement la nature de son obligation, n'ignorant pas qu'elle ne pouvait pas donner lieu à une action en justice contre lui. Si donc le débiteur s'est mépris sur la nature de son obligation, s'il a payé croyant être tenu d'une obligation civilement efficace, il pourra exercer l'action en répétition. Ainsi je vous paie une somme de 1,000 fr. que vous devait mon père dont je suis héritier; je croyais mon père débiteur de cette somme par suite d'un prêt, puis je découvre qu'il s'agit d'une dette de jeu, pour laquelle la loi n'accorde aucune action (art. 1965). Je pourrai exercer l'action en répétition; et, si on m'oppose l'art.

1967, je répliquerai en invoquant l'art. 1235 al. 2, qui exige un paiement fait *volontairement,* c'est-à-dire *en connaissance de cause.*

N° 1. Par qui le paiement peut être fait.

1015. Deux textes régissent cette matière, les art. 1236 et 1237.

Art. 1236. *Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. — L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.*

Art. 1237. *L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.*

La loi nous dit d'abord que le paiement peut être fait, non seulement par le débiteur, mais aussi par toute personne intéressée ou non.

Par une personne intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'art. 1236 dit que la caution PEUT payer, pour marquer qu'elle n'est pas obligée d'attendre les poursuites du créancier, mais qu'elle a le droit de prendre l'initiative du paiement. Elle peut y avoir intérêt, d'abord pour éviter les frais de poursuite, puis afin de pouvoir exercer immédiatement un recours utile contre le débiteur qui est peut-être à la veille de devenir insolvable.

Par une personne non intéressée, par exemple par un ami du débiteur, qui paie pour le soustraire aux rigueurs d'un créancier impitoyable.

1016. Le créancier n'a pas le droit, en principe, de refuser le paiement qui lui est offert par un tiers non interessé. Pourvu qu'il soit payé, que lui importe que ce soit par celui-ci ou par celui-là ? La libération étant favorable, la loi ne devait pas permettre au créancier de l'entraver par un refus arbitraire. On conçoit qu'il en doive être autrement dans les cas assez rares où le créancier prouve qu'il a un intérêt légitime à ce que l'obligation soit acquittée par le débiteur lui-même, et non par un autre à sa place. C'est ce qui a lieu ordinairement dans les obligations de faire : on y prend généralement en considération le talent, l'habileté, les aptitudes personnelles de celui avec qui l'on contracte, et alors ce serait dénaturer l'obligation que d'autoriser la substitution d'une autre personne au débiteur pour l'exécution. Ainsi, quand j'ai commandé un tableau à un artiste distingué, un autre ne pourra pas payer à sa place en faisant le tableau ; je perdrais peut-être au change. Alors même que je devrais y gagner, j'aurais encore le droit de refuser ; car il y a bien des nuances dans le talent des artistes, et les qualités de celui que j'ai choisi peuvent l'emporter à mes yeux sur celles d'un autre qui passe pour lui être supérieur. De même, si un acteur s'est obligé à venir jouer sur un théâtre, un autre ne pourra pas se substituer à lui contre la volonté du directeur

qui l'a engagé. Et toutefois, même dans une obligation de faire, il se peut que la personne du *solvens* soit indifférente au créancier : tel serait le cas où un terrassier se serait obligé à enlever de mon jardin des décombres. Alors le droit commun reprendra son empire : une autre personne pourra payer à la place du débiteur. C'est ce que dit l'art. 1237.

1017. Le paiement fait par le débiteur éteint la dette avec tous ses accessoires, tels que privilèges ou hypothèques. Il n'en est pas toujours ainsi du paiement fait par une autre personne. En effet celui qui paie à la place du débiteur est parfois subrogé dans les droits du créancier; alors les accessoires de la créance et peut-être la créance elle-même (*infra* n. 1042), sont transmis au subrogé qui est mis au lieu et place du créancier.

La subrogation dont nous venons de parler a lieu en général de plein droit (subrogation légale), lorsque le paiement est fait par une personne intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution (arg. art. 1251-3°). Il n'en est plus de même, lorsque le paiement est fait par un tiers non intéressé. Mais, à défaut de la subrogation légale, ce dernier peut aspirer à la subrogation conventionnelle. Qui dit *subrogation* CONVENTIONNELLE indique suffisamment qu'il s'agit d'une subrogation librement consentie. Le créancier peut donc la refuser, et c'est là probablement tout ce que signifie cette phrase assez obscure de l'art. 1236 : « pourvu que..., s'il agit en son nom » propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier ». Pris à la lettre, ces mots signifieraient (interprétation inadmissible) que le tiers qui paie en son propre nom ne peut en aucun cas être subrogé aux droits du créancier.

En d'autres termes, notre article, qui se préoccupe de résoudre la question de savoir *qui peut payer,* c'est-à-dire qui peut forcer le créancier à recevoir le paiement, et par conséquent des conditions dans lesquelles le paiement peut être imposé au créancier, a voulu purement et simplement exprimer cette idée : que le tiers qui offre de payer en son propre nom a le droit de forcer le créancier à recevoir le paiement, mais non de le forcer à lui consentir la subrogation. Comme le dit fort bien M. Colmet de Santerre, dans l'ordre d'idées où se place l'art. 1236, dire que le tiers peut payer pourvu qu'il ne soit pas subrogé, c'est dire : il peut imposer le paiement pourvu que ce soit sans subrogation.

* L'explication qui précède est celle que donne le rapporteur du tribunat, Jaubert. D'après une autre explication, qui a été fournie par Bigot-Préameneu, l'orateur du gouvernement, les mots *pourvu qu'il ne soit pas subrogé...* feraient allusion aux effets de la subrogation; ils signifieraient que, lorsque le créancier subroge dans ses droits le tiers qui paie *proprio nomine,* il y a plutôt cession de la créance que paiement. *Non in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit.*

1018. En supposant que le tiers non intéressé qui a fait le paiement ne soit pas subrogé aux droits du créancier, aura-t-il contre le débiteur une action pour se faire rembourser, et, dans le cas de l'affirmative, quelle action? Il faut distinguer si le tiers a payé au nom du débiteur ou en son nom propre.

a. — S'il a payé au nom du débiteur, *nomine debitoris,* et par conséquent dans l'intérêt de celui-ci, par exemple pour le soustraire à une expropriation imminente, il aura l'action de mandat ou l'action de gestion d'affaires, suivant les circonstances. Par l'action de mandat il pourra réclamer, outre ce qu'il a payé, l'intérêt de son avance à dater du jour du paiement (art. 2001); nous verrons sous l'art. 1375 si l'action de gestion d'affaires lui donnerait le même droit.

b. — Si le tiers a payé en son propre nom, *nomine proprio,* alors il faut voir quel est le mobile qui l'a dirigé. — A-t-il payé dans l'intention de faire une donation au

débiteur, *donandi animo?* Il n'aura contre lui aucune action. A-t-il payé au contraire dans son intérêt personnel, ce qui sera rare, par exemple pour placer des fonds dont il était embarrassé? Il pourra agir contre le débiteur par l'action dite *de in rem verso;* cette action a sa source dans ce principe d'éternelle justice, que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui; mais elle ne permet d'agir que dans la mesure de l'enrichissement procuré à celui contre qui l'on agit; par conséquent, si la dette n'était pas productive d'intérêts, le *solvens* ne pourra demander que le remboursement du capital qu'il a déboursé.

N° 2. Conditions requises dans la personne de celui qui paie, pour la validité du paiement.

1019. Aux termes de l'art. 1238 : « *Pour payer valablement, il faut* » *être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'alié-* » *ner. — Néanmoins le paiement d'une somme en argent ou autre chose* » *qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui* » *l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui* » *qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner* ».

Deux conditions sont donc requises dans la personne de celui qui paie, pour la validité du paiement : 1° qu'il soit propriétaire de la chose donnée en paiement ; 2° qu'il soit capable de l'aliéner.

Avant d'examiner ces deux conditions en détail, notons tout de suite que leur énoncé même suppose qu'il s'agit d'un paiement translatif de propriété. Autant il est rationnel d'exiger pour la validité du paiement que le *solvens* soit propriétaire et capable d'aliéner lorsqu'en payant il aliène, autant il serait incompréhensible que cette double condition fût requise lorsqu'en payant il n'aliène pas. Ce serait même contradictoire, si le paiement est fait en exécution d'une obligation qui a déjà transféré la propriété. Ainsi, d'après notre loi, la vente d'un corps certain et déterminé transfère par sa seule vertu la propriété à l'acheteur. Concevrait-on que cette même loi exigeât que le vendeur fût propriétaire et capable d'aliéner au moment où il paie, c'est-à-dire lorsqu'il fait la délivrance? Ce serait absurde! Si l'acheteur devient propriétaire par le seul effet de la vente, le vendeur cesse évidemment de l'être : quand il paiera en faisant la délivrance, il paiera donc nécessairement une chose qui ne lui appartient pas.

On a critiqué très amèrement notre législateur pour s'être exprimé dans l'art. 1238 en termes tellement généraux que la double condition qui nous occupe paraît exigée dans tous les cas, par conséquent même dans celui d'un paiement non translatif de propriété. Il y a deux réponses à faire. D'abord il est bien permis au législateur de supposer que ceux auquel il parle ont quelque bon sens; or il n'y a pas besoin d'en avoir beaucoup, pour comprendre que dans une aliénation il ne peut être question d'exiger chez l'aliénateur la propriété et la capacité d'aliéner qu'au moment même où il aliène, et que par conséquent, lorsque le législateur exige cette double condition chez l'aliénateur au moment du paiement, il sous-entend qu'il s'agit d'un paiement opérant une aliénation. Ensuite, pour qui veut se donner la peine de lire avec soin l'art. 1238, il est facile de voir que ce texte contient en réalité la précision qu'on lui reproche de n'avoir pas faite. La loi nous dit : « Pour payer valablement, » il faut être propriétaire de la chose *donnée* en paiement, et capable de l'aliéner ». Or nous savons que le mot *donner* a dans la langue du droit une valeur particulière : il signifie ordinairement *transférer la propriété.* Si on lui donne ici ce sens usuel, notre texte signifie que le *solvens* doit être propriétaire de la chose *transférée en propriété* par le paiement; il dit donc en réalité ce qu'on lui reproche de n'avoir pas

dit. Si l'on doit réagir contre la tendance de certains interprètes à justifier la loi quand même, il faut réagir bien plus énergiquement encore contre la tendance de quelques autres à la critiquer quand elle ne le mérite pas.

Il est donc entendu que l'art. 1238 ne s'applique qu'aux cas où le paiement est translatif de propriété : ce qui arrive notamment lorsqu'il est fait en exécution d'une obligation de donner une somme d'argent ou des choses déterminées seulement quant à leur espèce, par exemple 10 hectolitres de froment, 500 kilogrammes de sucre, 20 hectares de terre à prendre dans le territoire de telle commune. Cette précision faite, étudions successivement les deux conditions exigées par notre article.

1020. Première condition. *Celui qui paie doit être propriétaire de la chose donnée en paiement.* Si le débiteur a payé une chose appartenant à autrui, le paiement est nul; car, n'étant pas propriétaire de ce qu'il a payé, le débiteur n'a pas pu en transférer la propriété au créancier; il n'a donc pas rempli l'obligation dont il était tenu de ce chef. Ainsi je vous ai vendu un cheval *in genere,* je vous délivre un cheval appartenant à Paul; le paiement est nul. Ou bien je vous ai vendu dix hectares de prairie à prendre dans les marais du Mignon, je vous délivre dix hectares de terre qui ne m'appartiennent pas; le paiement est encore nul.

La nullité du paiement dans l'hypothèse qui nous occupe peut être invoquée soit par le créancier, soit par le débiteur.

a. — Il est sans difficulté tout d'abord que la nullité peut être invoquée par le créancier. Il aura le droit de s'en prévaloir pour réclamer un nouveau paiement; car celui qu'il a reçu n'est pas libératoire, puisqu'il est nul; le débiteur reste donc tenu.

Bien entendu, le créancier, qui réclame un second paiement, doit restituer la chose qu'il a reçue par le premier; car cette chose se trouve sans cause entre ses mains. A quel titre prétendrait-il la garder, puisqu'il soutient précisément que le paiement en vertu duquel il l'a reçue est nul? Il en devient lui-même débiteur envers le débiteur qui l'a livrée; et, comme il s'agit d'une dette de corps certain (car c'est la chose même qu'il a reçue qu'il doit restituer), il en résulte que, si cette chose a péri par cas fortuit, le créancier sera dispensé de la restitution (arg. art. 1302) : ce qui ne le privera pas du droit de réclamer un nouveau paiement. Les risques sont donc pour le compte du débiteur qui a fait le paiement nul; on l'a contesté à tort.

b. — La nullité du paiement peut aussi être invoquée par le débiteur. Il peut répéter la chose qu'il a payée, en offrant d'en payer une autre à la place.

Cela résulte très positivement de l'al. 2 de l'art. 1238, qui, en refusant au débiteur l'action en répétition dans un cas particulier, celui où la chose a été consommée de bonne foi par le créancier, donne très clairement à entendre qu'il peut l'exercer dans les autres. Une disposition législative était nécessaire pour accorder ici l'action en répétition au débiteur; car les principes généraux auraient conduit à la lui refuser. En effet le débiteur, qui devait faire un paiement translatif de propriété, se trouve nécessairement garant envers le créancier de la chose qu'il lui a livrée; la règle *Qui doit garantir ne peut évincer* se serait donc opposée à ce qu'il répétât

la chose payée. Reste à savoir comment se justifie cette dérogation aux règles ordinaires. L'intérêt du débiteur à agir en répétition peut être considérable; en obtenant la restitution de la chose appartenant à autrui, qu'il a payée, par erreur peut-être, le débiteur se met en mesure de satisfaire à la réclamation du propriétaire lorsqu'il revendiquera sa chose, et évite ainsi une condamnation certaine à des dommages et intérêts. Le créancier au contraire n'a qu'un intérêt minime à échapper à l'action en répétition; car on devra lui donner une chose d'une valeur exactement semblable à celle qu'on lui enlève. C'était un premier motif pour accorder l'action en répétition au débiteur. D'autre part, il ne faut pas oublier que le créancier a de son côté le droit de demander la nullité du paiement et d'en exiger un autre; or convenait-il de laisser le débiteur exposé pendant toute la durée du délai ordinaire de la prescription à cette action du créancier? N'était-il pas plus équitable de lui permettre de liquider sa situation en remplaçant le paiement nul qu'il a fait par un paiement valable? Ainsi sans doute l'a pensé notre législateur.

Le droit de répétition, que la loi accorde au débiteur, cesse lorsque le créancier a consommé la chose de bonne foi (art. 1238 *in fine*).

Ce n'est pas que cet événement rende la répétition impossible, car la répétition n'est pas une revendication : si le débiteur ne peut pas répéter la chose elle-même, il n'y aurait aucune impossibilité à ce qu'il répétât son équivalent. Mais à quoi la répétition servirait-elle, puisque, d'une part, le débiteur ne pourrait pas obtenir la chose elle-même pour la restituer au propriétaire, et que, d'autre part, il devrait immédiatement faire un autre paiement équivalent?

***1021.** Nous venons d'envisager, avec l'art. 1238 al. 2, les conséquences du paiement effectué avec une chose appartenant à autrui, dans les rapports du débiteur qui fait ce paiement et du créancier qui le reçoit, de l'*accipiens* et du *solvens*. Il reste à les envisager par rapport au propriétaire de la chose donnée en paiement.

Notons tout de suite que ce dernier point est demeuré complètement étranger aux prévisions de notre article. On a d'autant plus lieu de s'étonner que le contraire ait pu être soutenu que, d'une part, les termes de l'art. 1238 al. 2 prouvent à l'évidence que la loi s'occupe exclusivement des rapports du *solvens* et de l'*accipiens* (argument du mot *répéter*, qui ne peut désigner que l'action du débiteur et non celle du propriétaire; ce dernier revendique, il ne répète pas), et que, d'autre part, cette interprétation aboutit à créer tout à fait gratuitement une antinomie entre l'art. 1238 al. 2 et l'art. 2279 al. 1. En effet le premier de ces textes, en le supposant applicable à l'action en revendication du propriétaire, ne permettrait au créancier de bonne foi de repousser cette action qu'autant qu'il aurait consommé la chose, tandis que le second le lui permet indépendamment du fait de la consommation. — On comprend d'ailleurs à merveille que le législateur ne se soit pas expliqué sur les droits du propriétaire; car les règles du droit commun étaient ici parfaitement suffisantes. Voici à quels résultats elles conduisent :

Evidemment le paiement, fait par un tiers avec la chose qui m'appartient, est par rapport à moi *res inter alios acta;* je conserve donc malgré ce paiement la propriété de ma chose : *quod meum est, sine facto meo ad alium transferri non potest.* Etant propriétaire, je puis revendiquer. Contre qui? Contre le débiteur tout d'abord, qui ne possède plus, il est vrai, mais qui n'en est pas moins responsable envers moi, parce qu'il n'a cessé de posséder que par sa faute, en livrant la chose en paiement à son créancier. Je pourrai revendiquer aussi contre le créancier, qui tombe sous le coup de mon action comme détenteur de ma chose. S'il s'agit d'un immeuble, le créancier ne pourra paralyser mon action en revendication qu'en m'opposant la prescription de trente ans ou celle de dix à vingt ans, suivant les cas; s'il s'agit d'un

objet mobilier corporel, il pourra la paralyser immédiatement, en supposant qu'il se trouve dans les conditions requises pour invoquer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279).

Supposons que le créancier, qui a reçu en paiement une chose dont la propriété n'appartenait pas à son débiteur, soit à l'abri de l'action en revendication du propriétaire : il est en mesure de lui opposer la prescription de l'art. 2265, ou la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre,* qui est peut-être bien, elle aussi, une monnaie de prescription, au moins si l'on en juge par la place qu'occupe l'art. 2279. Ce créancier peut-il encore se prévaloir à l'égard du débiteur de la nullité du paiement, et en exiger un nouveau en offrant de restituer la chose qu'il a reçue ? On l'admet généralement. Il peut répugner à la conscience du créancier de conserver une chose qu'il sait appartenir à autrui. D'ailleurs le paiement est nul, et la loi ne dit pas que la prescription de l'action du propriétaire le valide.

1022. Deuxième condition. *Il faut que celui qui paie soit capable d'aliéner.* L'absence de cette condition rendrait aussi le paiement nul. Le débiteur incapable pourra donc répéter ce qu'il a payé s'il y trouve quelque intérêt, ce qui sera rare. Ainsi un mineur, qui doit en qualité d'héritier de son père une barrique de vin de qualité moyenne, paie une barrique de vin d'un grand prix ; il pourra répéter ce qu'il a payé et donner à la place du vin de moindre valeur.

Supposons dans l'espèce proposée que le créancier ait consommé de bonne foi le vin qui lui a été livré ; le mineur pourra-t-il encore répéter ? Remarquons d'abord qu'en théorie la consommation ne fait pas obstacle à la répétition, nous l'avons déjà dit : on concevrait fort bien ici que le mineur pût avoir le droit de répéter la différence entre la valeur de ce qu'il a payé et la valeur de ce qu'il aurait dû payer. Mais la question est de savoir si notre loi autorise cette répétition ; or il paraît bien difficile de ne pas reconnaître que l'art. 1238 *in fine* la proscrit : ce dont il n'est pas bien facile de donner une raison satisfaisante. Il faut se borner à dire : *Statuit lex.*

L'incapable qui a fait le paiement peut seul se prévaloir de la nullité résultant de son incapacité ; ce droit n'appartiendrait pas au créancier (arg. art. 1125).

Et de là résulte une conséquence qui vaut la peine d'être notée : si la chose payée par l'incapable périt par cas fortuit, elle périra pour le compte du créancier. En effet le créancier ne pourrait en demander une autre à la place qu'en soutenant que le paiement de celle qu'il a reçue est nul ; or il ne le peut pas : l'incapable seul a ce droit, et il se gardera bien d'en user dans l'espèce proposée, puisque le résultat serait de l'obliger à faire un nouveau paiement. Les risques de la chose payée par un propriétaire incapable d'aliéner sont donc à la charge du créancier, tandis que les risques de la chose payée par une personne qui n'en est pas propriétaire sont à la charge du débiteur (*supra* n. 1020).

N° 3. A qui le paiement doit être fait.

1023. « *Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant* » *pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir* » *pour lui* » (art. 1239 al. 1). En termes plus simples, le paiement peut être fait au créancier ou à quelqu'un ayant qualité pour recevoir à sa place.

A. *Paiement fait au créancier.*

1023 *bis*. Pour recevoir valablement le paiement de sa créance, le créancier doit avoir la capacité requise par la loi. Ainsi un mineur émancipé ne peut pas recevoir valablement le paiement d'un capital sans l'assistance de son curateur (art. 482). La loi craint qu'il ne dissipe les fonds après les avoir touchés; aussi impose-t-elle au curateur l'obligation d'en surveiller l'emploi.

Le paiement, fait à un créancier incapable de le recevoir, est nul; le débiteur pourra donc être obligé d'en faire un nouveau, d'après la règle *Qui paie mal paie deux fois*. Il peut cependant échapper à cette nécessité en prouvant que le paiement a tourné au profit de l'incapable, par exemple que celui-ci a fait des fonds un emploi avantageux en achetant un immeuble. Nous venons d'analyser l'art. 1241, ainsi conçu : « *Le paiement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable* » *de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a* » *tourné au profit du créancier* ».

B. *Paiement fait à une personne ayant qualité pour le recevoir à la place du créancier.*

1024. Le pouvoir de toucher à la place du créancier peut résulter d'un jugement ou d'un mandat.

a. — *D'un jugement*. On peut citer comme exemple le cas du tiers qui, après avoir pratiqué une saisie-arrêt, a obtenu un jugement de *main-vidange* (*infra* n. 1027).

b. — *D'un mandat*. Ce mandat peut être légal, judiciaire ou conventionnel.

α. *Légal*. Ainsi les envoyés en possession peuvent, en qualité de mandataires légaux de l'absent, recevoir le paiement des créances qui appartiennent à celui-ci (arg. art. 125 et 134). Il en est de même du tuteur pour les créances qui appartiennent au mineur ou à l'interdit (art. 450 et 509).

β. *Judiciaire*. Ainsi le curateur, donné à un absent en vertu de l'art. 112, et l'administrateur provisoire, nommé conformément à l'art. 497 à la personne dont l'interdiction est provoquée, sont des mandataires judiciaires ayant pouvoir de toucher.

γ. *Conventionnel*. Pour donner un semblable mandat, le créancier doit bien évidemment être capable de recevoir lui-même le paiement; car le paiement fait à son mandataire sera censé fait à lui-même, d'après la règle *Qui mandat ipse fecisse videtur*.

Le débiteur, qui aurait payé entre les mains d'un faux mandataire, pourrait être forcé de faire un nouveau paiement : il est en faute de n'avoir pas vérifié les pouvoirs de celui qui se présentait comme mandataire, tandis qu'il n'y a aucune faute à reprocher au créancier dont le nom a été usurpé.

Recevoir le paiement d'une créance est un acte d'administration; un mandat conçu en termes généraux suffit donc pour donner le pouvoir de toucher (art. 1988).

Le mandat de recevoir le paiement peut être tacite, conformément au droit commun. Ainsi l'huissier, auquel le créancier a remis un titre exécutoire pour en pour-

suivre l'exécution, ou un effet à ordre avec mission de le protester, est considéré comme ayant pouvoir de toucher pour le compte du créancier.

Le notaire n'a pas mandat, en cette seule qualité, pour toucher ce qui est dû à ses clients. Ainsi le notaire qui passe un acte de vente n'a pas par cela seul pouvoir de toucher le prix au nom du vendeur. Plusieurs acheteurs l'ont appris à leurs dépens, en se voyant condamner à payer une seconde fois ce qu'ils avaient imprudemment payé entre les mains du notaire, sauf bien entendu leur recours contre celui-ci.

Mais, comme tout autre, le notaire peut recevoir un mandat de toucher, soit exprès, soit tacite. On rencontre fréquemment dans les actes notariés cette clause, que le paiement sera fait *en l'étude du notaire*. Cela ne veut pas nécessairement dire *au notaire;* car il est possible que le créancier ait entendu recevoir lui-même le paiement en l'étude désignée, qui est souvent choisie comme terme moyen entre le domicile du créancier et celui du débiteur. On ne doit donc pas considérer la clause dont il s'agit comme contenant pour le notaire, par elle-même et par elle seule, un mandat tacite de toucher. Cass., 22 novembre 1876, Sir., 77. 1. 65.

Le mandat est révocable de sa nature. Cette règle s'applique au mandat de recevoir le paiement, comme à tout autre. Ordinairement le mandat de toucher émane de la seule volonté du créancier; alors sa volonté suffit pour en opérer la révocation. Exceptionnellement, il peut arriver que ce mandat émane du débiteur et du créancier tout à la fois; alors leur volonté commune sera nécessaire pour le révoquer. C'est ce qui a lieu, en règle générale du moins, lorsque le mandat de recevoir le paiement est contenu dans la convention même à l'exécution de laquelle il est relatif. Le mandat paraît bien être alors l'œuvre de la volonté commune des deux parties, puisqu'il fait corps avec la convention, dont il forme une clause; en principe leur volonté commune sera donc nécessaire pour le révoquer (art 1134). Le contraire n'aurait lieu qu'autant que le créancier parviendrait à démontrer que, bien qu'inséré dans la convention, le mandat a été donné dans son intérêt exclusif.— Le mandataire, désigné dans la convention même pour recevoir le paiement, portait en droit romain le nom d'*adjectus solutionis gratia,* dénomination qui est encore usitée dans la langue juridique moderne. La stipulation qui donnait naissance à ce mandat était ainsi conçue : *Mihi* AUT *Titio dare spondes ?*

1025. Fait à tout autre que le créancier ou la personne ayant qualité pour recevoir en son lieu et place, le paiement est nul. Par exception cependant il devient valable dans les hypothèses suivantes :

1° Si le créancier le ratifie. *Ratihabitio mandato æquiparatur.*

2° S'il en a profité, par exemple si le débiteur prouve qu'il a fait le paiement en extinction d'une dette que le créancier avait intérêt à acquitter préférablement à toute autre, ou démontre que le tiers auquel le paiement a été fait a remis l'argent au créancier.

Ces deux premiers cas sont indiqués par l'art. 1239 al. 2 : « *Le » paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le » créancier, est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité* ».

3° Le dernier cas est prévu par l'art. 1240, ainsi conçu : « *Le paie- » ment fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est » valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé* ». Par *possesseur de la créance* il faut entendre celui qui passe aux yeux de tous pour en être propriétaire, celui qu'on a juste sujet de croire tel, en un mot le titulaire apparent de la créance, le créancier puta-

tif. Ainsi, le créancier étant mort, son neveu, que tout le monde considère comme étant son parent le plus proche, s'empare de sa succession. Il possède l'hérédité et par suite la créance qui en dépend; le débiteur qui paiera entre ses mains sera donc valablement libéré, alors même qu'il apparaîtrait plus tard un héritier plus proche dont l'existence était inconnue lors du paiement, pourvu cependant que le débiteur ait payé de bonne foi, c'est-à-dire dans la croyance que celui auquel il payait était le véritable créancier.

On le voit, la possession dont parle l'art. 1240 est la possession du droit lui-même dans lequel consiste la créance, et non celle du titre qui la constate, de *l'instrumentum*. Toutefois le paiement, fait de bonne foi au simple détenteur du titre, serait libératoire s'il s'agissait d'une créance constatée par un titre au porteur; car ici la possession du titre fait présumer la possession et même la propriété du droit qu'il constate.

1026. Dans un cas particulier, le débiteur ne peut plus payer valablement entre les mains de son créancier : c'est celui de la *saisie-arrêt* ou *opposition*. On lit à ce sujet dans l'art. 557 du code de procédure civile : « Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, » saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appar- » tenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise ». Et l'art. 1242 du code civil dispose : « *Le paiement fait par le débiteur à son créancier,* » *au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard* » *des créanciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur* » *droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son* » *recours contre le créancier* ».

Ce texte est difficile; éclaircissons-le par une espèce que nous conserverons pendant tout le cours de nos explications sur cette matière. *Primus* est créancier de *Secundus* pour une somme de 1,000 fr.; sa créance est constatée par un titre authentique ou privé; *Secundus* a lui-même une créance de 3,000 fr. contre *Tertius*. *Primus* a le droit de *saisir-arrêter* cette dernière créance. En pratiquant cette saisie entre les mains de *Tertius*, il lui dit simplement : « *Secundus*, votre créancier, est mon débiteur : vous lui devez 3,000 fr., il m'en doit 1,000; la créance qu'il a contre vous fait partie de mon droit de gage comme tous ses autres biens (art. 2093); je veux être payé sur le produit de cette créance, et c'est pour cela que je la frappe de saisie-arrêt, vous priant, vous ordonnant au besoin, de ne faire aucun paiement à mon préjudice entre les mains de votre créancier, afin que je puisse être payé directement sur la somme que vous lui devez; car, si vous la lui versiez, il lui donnerait peut-être une autre destination ».

Telle est la *saisie-arrêt* ou *opposition*. On peut la définir : la défense faite par un créancier au débiteur de son débiteur de payer à celui-ci

la somme ou la chose mobilière qu'il lui doit. C'est une sorte de main-mise exercée par un créancier sur la créance qui appartient à son débiteur : le créancier saisit la créance de son débiteur, il l'arrête par une saisie, d'où le nom de *saisie-arrêt;* il s'oppose à ce que le débiteur de son débiteur paye entre les mains de celui-ci, d'où le nom d'*opposition*.

On voit que la saisie-arrêt met trois personnages en scène :

1° Le *saisissant,* ici *Primus :* c'est celui qui pratique la saisie;

2° Le *saisi, Secundus* dans l'espèce proposée : c'est le débiteur dont la créance fait l'objet de la saisie; il est bien nommé *saisi,* car c'est son bien que l'on saisit, sa créance;

3° Le *tiers saisi, Tertius* dans l'espèce : il est *tiers* par rapport à la créance du saisissant, qui est un étranger pour lui, et il est *saisi* parce que c'est entre ses mains que la saisie est pratiquée.

L'art. 1242 indique l'effet que produit la saisie-arrêt : le tiers saisi ne peut plus payer valablement son créancier, le saisi, au préjudice du saisissant. Le paiement qu'il ferait au mépris de la saisie-arrêt le libérerait bien envers le saisi, mais non envers le saisissant. Celui-ci serait fondé à demander au tiers saisi la réparation du préjudice qu'il lui a causé en transgressant sa défense, et à exiger de lui, dans la mesure de ce préjudice, un nouveau paiement, d'après la règle *Qui paie mal paie deux fois;* sauf bien entendu le recours du tiers saisi contre le saisi. C'est ce que dit l'art. 1242 *in fine :* « ..... ceux-ci [les saisissants] » peuvent, selon leur droit, le contraindre [le tiers saisi] à payer de » nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créan- » cier ».

Les mots *selon leur droit* signifient : d'une part, que le tiers saisi ne sera pas, obligé de payer de nouveau entre les mains du saisissant, s'il est jugé qu'il n'est pas créancier, auquel cas il se trouve que la saisie-arrêt était sans fondement; et d'autre part, que, s'il y a plusieurs saisissants, chacun ne peut exiger un nouveau paiement que dans la mesure du préjudice qui lui a été causé par le paiement fait au saisi : en d'autres termes, chaque saisissant peut demander au tiers saisi ce qu'il aurait obtenu si la saisie eût été respectée.

1027. Tel est l'unique effet de la saisie arrêt : obliger le tiers saisi à ne faire aucun paiement au saisi au préjudice des droits du saisissant. Mais elle ne fait pas acquérir au saisissant le droit d'être payé à l'exclusion des autres créanciers du saisi sur les fonds arrêtés; en d'autres termes, elle ne lui confère aucun privilège sur la créance saisie-arrêtée : cette créance continue à être le gage commun de tous les créanciers du saisi (art. 2093). Si donc d'autres créanciers de celui-ci se présentent avant que les fonds arrêtés aient été définitivement attribués au saisissant, et s'ils demandent à être payés sur ces fonds, prétention qu'ils manifesteront en formant eux aussi une opposition entre

les mains du tiers saisi, ils acquerront ainsi un droit égal à celui du premier saisissant, et par suite les fonds arrêtés devront être distribués par contribution entre tous les ayant droit. Arg. art. 2092 et 2093.

En prévision des nouvelles oppositions, qui pourront survenir avant l'attribution définitive des fonds arrêtés au premier saisissant dans la mesure de son droit, le tiers saisi doit bien se garder de faire aucun paiement au saisi; il commettrait une imprudence grave, dont il aurait à subir les conséquences, si, sous prétexte que la créance du saisissant est inférieure au montant de la créance saisie-arrêtée, il payait l'excédent au saisi. Ainsi, dans l'espèce proposée tout à l'heure, supposons qu'après la saisie-arrêt faite par *Primus* pour 1,000 fr. *Tertius* ait payé 2,000 fr. à *Secundus,* se bornant ainsi à conserver sur les fonds dont il est débiteur envers le saisi une somme égale au montant de la créance du saisissant, soit 1,000 fr,; avant que ces fonds aient été définitivement attribués à *Primus,* survient un nouveau créancier du saisi, *Quartus,* auquel il est dû 3,000 fr. et qui fait opposition entre les mains de *Tertius* pour cette somme. La situation est donc celle-ci : la somme qui reste due par le tiers saisi est de 1,000 fr., et le montant total des créances des opposants est de 4,000 fr. La distribution par contribution donnera à chaque opposant 25 °/o, par conséquent 250 fr. à *Primus* et 750 fr. à *Quartus.* Mais alors *Primus* aura le droit de dire au tiers saisi : « Si vous aviez respecté mon opposition, qui portait sur la créance de *Secundus* tout entière, il y aurait eu 3,000 fr. à distribuer entre moi et *Quartus,* et dans cette répartition j'aurais obtenu 75 °/o de ma créance, soit 750 fr. Au lieu de cela je n'obtiens que 25 °/o, soit 250 fr., je perds donc 500 fr., et je les perds par votre faute, par conséquent vous devez me les rembourser ». Assurément cette prétention serait fondée. On voit que l'imprudence du tiers saisi peut lui coûter cher. Bien entendu, il aura un recours contre le saisi pour tout ce qu'il se trouvera avoir ainsi payé en sus du montant de sa dette. Cpr. Caen, 13 février 1882, Dall. pér., 82. 2. 63.

Le second saisissant, *Quartus* dans notre espèce, peut-il former une réclamation analogue ? Peut-il dire au tiers saisi : « Si vous aviez respecté la première opposition, qui a été faite entre vos mains par *Primus,* j'aurais obtenu 75 °/o du montant de ma créance dans la distribution des fonds arrêtés, soit 2,250 fr. Au lieu de cela je n'obtiens que 25 °/o, soit 750 fr. ; je perds donc 1,500 fr., remboursez-les moi ». Cette fois la prétention ne serait pas fondée. Il suffirait au tiers saisi, pour la repousser, de dire au second opposant : « La première saisie faite par *Primus* est pour vous *res inter alios acta;* vous ne pouvez donc vous en prévaloir sans argumenter du droit d'autrui. Votre opposition ne peut vous conférer de droit que sur les fonds dont j'étais encore débiteur au moment où elle est survenue ».

N° 4. Quelle chose doit être payée; — comment; — en quel état.

1028. Des trois questions qui font l'objet de ce numéro, la première est résolue par l'art. 1243, la seconde par l'art. 1244, et la troisième par les art. 1245 et 1246.

1. *Quelle chose doit être payée.*

1029. « *Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose* » *que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale* » *ou même plus grande* » (art. 1243). *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest,* dit la loi romaine. Ce principe s'applique, d'après notre article, alors même que la chose offerte en paiement par le débiteur

est d'une valeur plus considérable que celle qu'il doit; le créancier peut préférer cette dernière, et il a le droit de l'exiger; seul il est juge de son intérêt.

Mais, si le créancier ne peut être *contraint* de recevoir la chose que le débiteur offre en paiement à la place de celle qu'il doit, il a la faculté bien évidemment de l'accepter. On dit alors qu'il y a dation en paiement, *datio in solutum*.

* La dation en paiement suppose une novation expresse ou tacite, qui a transformé l'objet de la dette et en exécution de laquelle le paiement a lieu.

1030. Le créancier d'une somme d'argent ne peut être forcé de recevoir en paiement que des valeurs ou des espèces ayant cours légal à l'époque du paiement.

Il n'y a pas aujourd'hui d'autres valeurs ayant cours légal en France que les billets de la Banque de France. L'art. 1 de la loi du 12 août 1870, toujours en vigueur (1), permet de les employer dans les paiements; le créancier n'a donc pas le droit de les refuser.

Les paiements en espèces donnent lieu à une observation particulière en ce qui concerne la monnaie de *billon*. On désigne sous ce nom toute monnaie dont la valeur nominale ou légale est supérieure à la valeur réelle; toutes nos monnaies de cuivre sont dans ce cas; toutes nos monnaies d'argent également, à l'exception des pièces de cinq francs. La monnaie de billon ne peut être employée que comme appoint dans les paiements, savoir : le billon de cuivre, jusqu'à concurrence de 4 fr. 99 au *maximum* (pour l'appoint de la pièce de 5 francs, dit le décret du 18 août 1810), et le billon d'argent, jusqu'à concurrence de 50 fr., sauf pour les paiements à faire aux caisses publiques qui sont tenues de le recevoir en quantité indéfinie (loi du 14 juillet 1866, art. 5). On a voulu que le créancier d'une somme importante reçut une valeur réelle sensiblement égale à celle qui lui est due; il ne la recevrait pas, si le billon figurait pour une forte proportion dans le paiement.

On peut valablement convenir que le paiement d'une somme d'argent sera fait en une monnaie étrangère déterminée, par exemple en dollars américains. Arg. art. 1134 C. civ. et 143 C. co.

Les actes, qui établissent une obligation de payer une somme d'argent à terme, surtout les actes de vente, contiennent souvent une clause ainsi conçue : « Le débiteur s'engage *d'honneur* à ne payer qu'en bonnes espèces métalliques sonnantes, et non en aucune autre valeur ou papier, alors même qu'il aurait cours forcé lors du

(1) La loi du 12 août 1870 décrète par son art. 1 le cours légal des billets de la Banque de France, et par son art. 2 le cours forcé de ces mêmes billets. Le cours *légal* consiste en ce que les billets doivent être reçus comme monnaie légale par les caisses publiques et par les particuliers; le cours *forcé*, en ce que la Banque de France est dispensée de l'obligation de rembourser ses billets, à vue, en espèces métalliques. Or l'art. 28 de la loi budgétaire du 3 août 1875 a bien abrogé l'art. 2 précité de la loi du 12 août 1870, établissant le cours forcé, mais non l'art. 1 relatif au cours légal. Cpr. Tribunal de Verdun, 18 janvier 1887, Sir. 87. 2. 144.

paiement ». Le créancier fait prendre au débiteur un engagement d'honneur, parce qu'il n'est pas possible ici de le lier autrement. En effet une loi qui donnerait cours forcé à un papier serait certainement une loi d'ordre public, à laquelle la convention des parties ne pourrait pas valablement déroger. Arg. art. 6.

* La somme due doit être comptée d'après la valeur nominale des espèces versées à l'époque du paiement, alors même que la valeur des monnaies aurait subi un changement dans l'intervalle écoulé entre la naissance de l'obligation et le paiement. Ainsi je vous prête aujourd'hui cent francs en dix pièces d'or, ayant chacune une valeur nominale de 10 fr. au moment du prêt; si, à l'époque fixée pour le remboursement, la même pièce d'or, par suite d'un changement législatif, a une valeur nominale de 11 fr., il suffira que vous me donniez 9 de ces pièces plus un franc. Si au contraire la valeur nominale desdites pièces n'est plus que de 9 fr., vous devrez m'en remettre 11 plus un franc. C'est ce que décide l'art. 1895, ainsi conçu : « L'obli- » gation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique » énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant » l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne » doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paie- » ment ». Cette disposition, qui, bien qu'écrite en vue du prêt seulement, doit être étendue par analogie à toutes les obligations de payer une somme d'argent, paraît être un souvenir de l'ancienne pratique des altérations monétaires. Avant de l'écrire, notre législateur aurait peut-être bien fait de méditer ce passage de Pothier (*Prêt de consomption*, n. 36) : « Il faut pourtant convenir que le prêteur, à qui on rend la somme qu'il a prêtée en espèces augmentées, souffre un préjudice du prêt qu'il a fait; car outre qu'il aurait profité de l'augmentation, s'il n'eût pas fait le prêt et qu'il eût gardé les espèces, c'est que cette valeur qu'on lui rend n'est égale que *nomine tenus* à celle qu'il a prêtée; mais quant à l'effet elle est moindre, et il se trouve effectivement moins riche qu'il n'était avec celle qu'il a prêtée; car comme les marchandises augmentent de prix à mesure que les espèces augmentent, cette somme ou valeur qu'on lui rend ne pourra pas lui procurer des choses dont il aura besoin, autant que pouvait lui en procurer celle qu'il a prêtée; il n'a donc pas le même moyen, il est donc moins riche, ce n'est donc que *nomine tenus* qu'on lui rend autant qu'il a prêté, et quant à l'effet on lui rend moins ».

2. *Comment la chose due doit être payée.*

1031. « *Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en » partie le paiement d'une dette, même divisible* » (art. 1244 al. 1). Ainsi je vous dois 10,000 fr.; je ne pourrai pas vous forcer à recevoir un acompte de 1,000 fr., sauf à vous payer le reste plus tard. Pothier en donne cette raison : qu'« on a intérêt à recevoir tout à la fois une grosse somme avec laquelle on fait ses affaires, plutôt que plusieurs petites sommes en différents temps, dont l'emploi est difficile et qui d'ailleurs se dépensent imperceptiblement à mesure qu'on les reçoit ». A quoi l'on peut ajouter que telle est la loi du contrat, et qu'elle enchaîne les parties.

Les intérêts étant un accessoire du capital qui les a produits et s'ajoutant par suite à ce capital pour ne plus faire avec lui qu'une seule et même dette, il en résulte que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir la somme principale, s'il ne paie pas en même temps les intérêts qui en sont dus.

Le débiteur de plusieurs dettes distinctes peut forcer le créancier à recevoir le paiement de chacune séparément. L'art. 1244 al. 1 établit le principe de l'indivisibi-

lité de chaque dette prise isolément, et non de toutes les dettes prises en masse. Par application de ce principe, le débiteur d'annuités dont le capital n'est pas exigible, peut forcer le créancier à recevoir séparément une ou plusieurs de ces annuités.

1032. Le principe que le créancier ne peut pas être obligé de recevoir en partie le paiement de ce qui lui est dû, la dette fût-elle divisible, principe qui d'ailleurs ne concerne que le cas où il n'existe qu'un seul débiteur (art. 1220), reçoit plusieurs exceptions.

La première résulte de la volonté des parties, lorsqu'elles sont convenues que le débiteur pourrait se libérer par fractions.

La seconde a lieu au cas de compensation. Lorsque la compensation s'opère entre deux dettes inégales, elle éteint la plus forte jusqu'à concurrence du montant de la plus faible, et met ainsi le créancier de la plus forte dette dans la situation où il se trouverait s'il avait reçu un paiement partiel (art. 1289 et 1290).

La troisième exception résulte du bénéfice de division, qui force le créancier à diviser son action entre les diverses cautions solvables et à recevoir ainsi de chacune un paiement partiel.

Enfin la quatrième, qui nous arrêtera plus longtemps, est formulée par l'art. 1244 al. 2, ainsi conçu : « *Les juges peuvent néanmoins, en » considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec » une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et » surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état* ».

Le juge peut donc, sur la demande du débiteur et en considération de sa situation malheureuse, de sa pauvreté, dit Pothier, porter une double atteinte au droit du créancier. Il peut d'abord accorder un délai au débiteur dont la dette est échue : c'est le terme de *grâce,* dont nous avons déjà parlé. Il peut même autoriser la division du paiement, en accordant au débiteur plusieurs délais successifs pour se libérer; ainsi, la dette étant de 3,000 fr., le juge peut dire : le débiteur paiera par acomptes de 500 fr., de mois en mois.

Le droit pour le juge d'autoriser la division du paiement résulte d'une manière évidente de l'art. 1244 al. 2. D'abord le mot *Néanmoins,* par lequel ce texte débute, indique qu'il va formuler une exception à la règle que l'alinéa 1 vient d'établir; or quelle est cette règle? c'est que le débiteur ne peut pas diviser le paiement; donc l'exception consistera en ce que le paiement pourra être divisé. Ensuite la loi permet au juge d'accorder *des délais,* par conséquent plusieurs délais successifs, à l'expiration de chacun desquels le débiteur devra payer la fraction de la dette déterminée par le juge. Le doute n'est donc pas possible. Qu'importe que Duranton enseigne le contraire? Duranton s'est trompé, voilà tout; il est demeuré seul de son avis. Nous ne considérons pas la question comme controversée pour cela. Parce qu'il plaît à un auteur d'avancer une opinion téméraire, est-ce une raison pour que tous ceux qui viennent après lui soient obligés de consacrer de longues pages à la réfuter?

1033. Une question plus douteuse est celle de savoir si le juge peut user de la faculté que lui accorde l'art. 1244 al. 2, lorsque le créancier agit en vertu d'un titre

exécutoire. On sait que le titre exécutoire est celui qui est dûment revêtu de la formule exécutoire : « La République mande et ordonne, etc. », par laquelle il est enjoint aux agents de la force publique de prêter au besoin la main à l'exécution de l'acte. Les titres exécutoires peuvent être des actes notariés ou des jugements.

Si le débiteur est poursuivi en vertu d'un jugement, il paraît incontestable qu'il ne peut pas obtenir du juge, soit de celui qui a rendu la décision qu'il s'agit de ramener à exécution, soit d'un autre, la faculté de diviser le paiement. — Il ne peut pas l'obtenir d'un autre juge, parce qu'un tribunal n'a pas le droit, en dehors des cas de recours légaux, de modifier le jugement rendu par un autre.— Il ne peut pas non plus l'obtenir du juge même qui a rendu la décision, parce qu'il a épuisé son pouvoir. Le juge n'est plus maître de sa sentence une fois qu'il l'a rendue, il n'a pas le droit de la modifier, et il la modifierait en autorisant la division d'un paiement auquel il a condamné le débiteur purement et simplement. C'est d'ailleurs ce que dit positivement l'art. 122 C. pr. Ce point est constant en jurisprudence et en doctrine.

La même solution doit-elle être admise, si le titre exécutoire, en vertu duquel le débiteur est poursuivi, est un acte notarié? Nous ne le pensons pas. Ici il nous semble que le juge serait autorisé à user de la faculté que lui accorde l'art. 1244 al. 2. Les mots *et surseoir à l'exécution des poursuites* supposent évidemment que le débiteur est poursuivi en vertu d'un titre exécutoire, et on laissera cette disposition sans explication, si l'on n'admet pas qu'elle s'applique au cas où le débiteur est poursuivi en vertu d'un acte notarié, puisque nous venons de voir qu'elle est inapplicable au cas où il est poursuivi en vertu d'un jugement. La jurisprudence est ferme dans ce sens ; la doctrine est divisée.

* On a tiré contre cette solution une objection très sérieuse de l'art. 2212. Ce texte, relatif à une poursuite en expropriation forcée, poursuite qui suppose nécessairement un titre exécutoire (art. 2213), permet au juge d'ordonner la suspension des poursuites, mais seulement « si le débiteur justifie, par baux authentiques, que » le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année, suffit pour le paie- » ment de la dette en capital, intérêts et frais, et s'il en offre la délégation au créan- » cier... ». Cela suppose, dit-on, qu'en règle générale le juge n'a pas le droit d'accorder un délai au débiteur quand il est poursuivi en vertu d'un titre exécutoire, puisqu'il a fallu un texte spécial pour l'y autoriser dans les circonstances déterminées où se place l'art. 2212. On peut répondre que l'art. 2212 a peut-être été écrit en vue des cas où le droit commun ne permettrait pas au juge d'accorder le délai de grâce, comme il arriverait par exemple si le débiteur avait diminué par son fait les sûretés qu'il a données par le contrat à son créancier. L'art. 124 C. pr. interdit ici en règle générale la concession d'un délai de grâce, mais elle sera autorisée exceptionnellement si l'on se trouve dans le cas prévu par l'art. 2212.

1034. Ce sont des considérations *d'humanité*, par conséquent d'intérêt général ou d'ordre public, qui ont dicté la disposition de l'art. 1244 al. 2. Il s'agit de soustraire un débiteur malheureux aux rigueurs d'un créancier impitoyable. Nous en concluons que notre disposition est de celles auxquelles la convention des parties ne peut pas valablement déroger (arg. art. 6), et qu'il y aurait lieu par suite de déclarer nulle toute clause qui priverait le débiteur du droit de l'invoquer. Et puis on risquerait, en adoptant la solution contraire, de voir s'acclimater dans les actes une clause de style qui viendrait neutraliser la prévoyance de la loi.

Il faut reconnaître d'ailleurs que la disposition qui nous occupe a quelque chose d'exorbitant. La loi vient au secours du débiteur, mais en sacrifiant le droit du créancier. Le juge, chargé de dispenser cette faveur légale, ne doit pas oublier qu'il fait l'aumône avec le bien d'autrui, et qu'il est tenu par cela même de la faire avec une extrême parcimonie ; il doit, dit l'art. 1244, user *avec une grande réserve* du pouvoir qui lui est conféré. Mais en définitive c'est un pouvoir discrétionnaire.

1035. L'art. 124 du code de procédure civile indique un certain nombre de cas dans lesquels le débiteur perd le droit d'obtenir un délai de grâce ou de jouir de celui qui lui a été accordé; voyez cet article. Voyez aussi les art. 157 et 187 C. co. qui défendent au juge d'accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

3. *En quel état la chose due doit être payée.*

1036. Deux hypothèses doivent être distinguées : celle où il s'agit de la dette d'un corps certain, et celle où il s'agit de la dette d'une chose indéterminée.

a. — Dette d'un corps certain. « *Le débiteur d'un corps certain et* » *déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve* » *lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues* » *ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes* » *dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en* » *demeure* » (art. 1245). Ce texte n'a guère d'utilité en présence de l'art. 1138 al. 2. Il se résume à dire en définitive, ce que nous savions déjà, que, lorsque la chose due est un corps certain, les risques, tant en ce qui concerne la détérioration qu'en ce qui regarde la perte sont pour le compte du créancier, sauf les effets de la demeure.

b. — Dette d'une chose déterminée seulement quant à son espèce. « *Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce,* » *le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meil-* » *leure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise* » (art. 1246). C'est un terme moyen entre les prétentions, également exagérées en sens inverse, du créancier d'une part qui réclamerait une chose de la meilleure qualité, et du débiteur d'autre part qui en offrirait une de la plus mauvaise.

N° 5. Epoque, lieu et frais du paiement.

1. *Epoque du paiement.*

1037. Le paiement peut être exigé de suite, quand aucun terme n'a été fixé expressément ou tacitement par la convention des parties.

2. *Lieu du paiement.*

1038. « *Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la con-* » *vention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un* » *corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps* » *de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. — Hors ces deux cas, le* » *paiement doit être fait au domicile du débiteur* » (art. 1247).

Il faut donc avant tout se référer, en ce qui concerne le lieu du paiement, à la convention des parties; elle fait loi sur ce point comme sur les autres.

La convention qui fixe le lieu du paiement peut être expresse ou tacite. Notre article admet l'existence d'une convention tacite au cas où l'obligation a pour objet un corps certain : les parties sont considérées comme ayant voulu que le paiement, c'est-à-dire la livraison du corps certain, se fît au lieu où il se trouvait lors de la convention, et c'est en effet assez vraisemblable.

En l'absence de toute convention expresse ou tacite déterminant le lieu du paiement, il doit être fait au domicile du débiteur. C'est une application particulière du principe écrit en l'art. 1162 : dans le doute, la loi se prononce en faveur du débiteur. Le créancier devra donc venir *quérir* (chercher) la chose due, elle est *quérable;* pour qu'elle fût *portable* au domicile du créancier, il faudrait que cela eût été convenu.

Cpr. Cass., 20 décembre 1887, Sir., 88. 1. 56.

En supposant que le paiement doive être fait au domicile du débiteur et que le débiteur en ait changé dans l'intervalle écoulé entre la convention et le paiement, à quel domicile le créancier devra-t-il s'adresser ? au domicile ancien ou au domicile actuel ? Si l'on compare l'art. 1247 avec le passage de Pothier d'où il a été manifestement extrait, on ne peut guère douter que ce ne soit au domicile actuel. En effet Pothier dit que le paiement doit être fait *ubi petitur ;* or, du temps de Pothier comme aujourd'hui, c'était au domicile actuel du débiteur que la demande devait être formée lorsqu'il ne payait pas (C. pr. art. 59). Pothier entendait donc dire que le paiement doit être fait au domicile *actuel* du débiteur, et tel est certainement le sens de l'art. 1247.

La convention porte que le paiement sera fait *au domicile du créancier*. Faut-il entendre au domicile que le créancier avait lors de la convention, ou à celui qu'il aura lors du paiement, en supposant qu'il en change? C'est une question d'interprétation de volonté. En l'absence de tout document pouvant éclairer le juge sur ce point, il décidera que les parties ont eu en vue le domicile du créancier lors de la convention ; car il est peu probable qu'elles aient songé à un changement de domicile. Le créancier, qui changerait de domicile, devrait donc faire en vue du paiement une élection de domicile au lieu qu'il a quitté.

3. *Frais du paiement.*

1039. « *Les frais du paiement sont à la charge du débiteur* », dit l'art. 1248. La raison en est que ces frais sont faits dans l'intérêt du débiteur, comme étant nécessaires pour lui procurer sa libération. C'est par application de ce principe que les fournisseurs font payer à leurs clients le timbre-quittance de 10 centimes établi par la loi du 23 août 1871. On peut encore citer, comme exemples de frais de paiement à la charge du débiteur, les frais de la quittance notariée qui a été requise par le débiteur, alors même qu'elle aurait été rendue nécessaire par suite de cette circonstance que le créancier ne savait pas écrire, et les frais de la main-levée de l'hypothèque qui garantissait le paiement de la creance.

Les frais d'*enlèvement* sont à la charge du créancier (arg. art. 1608).

§ II. *Du paiement avec subrogation.*

N° 1. Généralités.

1040. On distingue deux espèces de subrogation : la subrogation réelle et la subrogation personnelle.

La subrogation *réelle,* dont le législateur ne s'occupe pas ici, est celle par laquelle une *chose* est substituée juridiquement à une autre qu'elle vient remplacer, comme cela a lieu dans l'échange. Les effets de cette subrogation sont condensés dans la vieille maxime *Subrogatum capit naturam subrogati.* Le code civil établit d'assez nombreux cas de subrogation réelle; voyez notamment les art. 747 et 766; 1066, 1067 et 1069; 1407; 1434 et 1435; 1553 et 1559.

La subrogation *personnelle* (*lato sensu*) consiste dans la substitution juridique d'une personne à une autre, en vue de permettre à la première d'exercer dans son intérêt personnel tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde. Ainsi on dira que le cessionnaire d'un droit est subrogé au cédant, en ce sens qu'il est mis en son lieu et place pour l'exercice de ce droit.

Dans le paragraphe à l'étude duquel nous arrivons, le mot *subrogation* est pris dans un sens plus restreint. Une dette est payée par un tiers ou avec des deniers par lui fournis; au moyen de la subrogation, ce tiers peut être mis au lieu et place du créancier et venir exercer tous les droits de celui-ci pour obtenir son remboursement.

Voilà une idée très superficielle de la subrogation dont le législateur s'occupe ici. Une espèce va nous permettre d'en acquérir une notion un peu plus approfondie, et nous serons ensuite à même d'en donner une définition.

Un créancier, dont la créance est bien garantie, par exemple par une bonne hypothèque, est sur le point d'exercer des poursuites rigoureuses contre son débiteur, qui ne paie pas quoique la dette soit échue. Un ami du débiteur serait tout disposé à faire les fonds nécessaires pour désintéresser le créancier; mais il hésite, parce que le débiteur est peu solvable et qu'il craint de ne pas rentrer dans son avance. En effet, s'il paie directement le créancier au nom du débiteur, il aura contre celui-ci pour se faire rembourser une action *mandati* ou une action *negotiorum gestorum* suivant les cas, et, s'il prête au débiteur les fonds nécessaires pour se libérer, il aura contre lui la *condictio ex mutuo.* Or ces diverses actions sont purement personnelles, et laissent par suite celui à qui elles appartiennent exposé aux risques de l'insolvabilité du débiteur. Il y a un moyen de rassurer le bailleur de fonds et de le déterminer à venir en aide au débiteur, c'est de le *subroger* dans les droits du créancier. Une fois payé, le créancier n'a plus

besoin des garanties attachées à sa créance; elles pourront au contraire être fort utiles à celui dont les fonds ont servi à effectuer le paiement, pour assurer le remboursement de son avance. La loi permet de les lui transmettre au moyen de la subrogation, qui le mettra au lieu et place du créancier pour l'exercice des droits de celui-ci. Cette combinaison profite au débiteur, qui sans elle ne trouverait peut-être pas les fonds dont il a besoin pour se libérer et resterait ainsi exposé aux rigueurs de son créancier; elle profite aussi au créancier, dont elle facilite le paiement; elle est avantageuse au subrogé lui-même, en ce sens qu'elle lui permet de faire un placement de fonds en toute sécurité: enfin elle ne nuit pas aux autres créanciers du débiteur, dont la situation reste après la subrogation ce qu'elle était avant, à cela près qu'un créancier a été substitué à un autre; mais que leur importe, puisque la créance n'est pas plus forte, et que les garanties qui y sont attachées restent les mêmes? La subrogation profite donc à tout le monde, et ne nuit à personne. Voilà sa raison d'être.

1041. Définition. — Nous pouvons maintenant donner une définition de la subrogation *hoc sensu*. La subrogation est une fiction juridique, par suite de laquelle une créance, payée avec des deniers fournis par un tiers, et par conséquent éteinte par rapport au créancier, est réputée subsister avec tous ses accessoires au profit de ce tiers, afin d'assurer l'efficacité de son recours pour le remboursement des fonds qu'il a versés.

1042. Tous les auteurs admettent que la subrogation est une fiction ; mais il y a des divergences graves sur le point de savoir quelle est la nature et l'étendue de cette fiction. D'après la définition que nous venons de donner, la fiction consiste à maintenir au profit du subrogé la créance elle-même, que ses fonds ont servi à éteindre, avec tous ses accessoires. Ainsi, par rapport au créancier qui reçoit son paiement, la créance est éteinte; elle subsiste au contraire, ou plutôt *est réputée subsister*, avec tous ses accessoires, au profit du subrogé.

Cette manière d'envisager la subrogation a d'abord pour elle l'autorité de la tradition, ce qui est considérable dans une matière toute traditionnelle. « La créance acquittée est réputée, en faveur de celui qui est subrogé, subsister, avec tous les droits qui en dépendent », dit Pothier (Obligations, n. 522). D'autre part, les travaux préparatoires de la loi la confirment pleinement. Enfin les textes lui prêtent un point d'appui plus solide encore : ils nous représentent en effet la subrogation comme faisant entrer le subrogé *dans les droits du créancier* (art. 874, 1249, 1250, al. 2), *dans ses droits et actions* (art. 1250 al. 1), *dans tous ses droits* (art. 2029). Or, dire que le subrogé acquiert *tous les droits du créancier*, n'est-ce pas dire qu'il acquiert la créance d'où dérivent ces droits ? Qu'est-ce en effet que la créance, sinon l'ensemble des droits qu'elle confère ? Il faut donc rejeter une opinion, à laquelle se rattache un nom éminent dans la science, celui de Merlin, d'après laquelle la créance serait éteinte, même quant au subrogé, qui se trouverait investi seulement des ac-

cessoires de cette créance. Dans ce système, la fiction qui sert de base à la subrogation consisterait à maintenir au profit du subrogé, non la *créance* même, éteinte avec les fonds qu'il a fournis, mais seulement les *accessoires* de cette créance, privilèges, hypothèques, cautionnements; ces accessoires seraient rattachés à la créance qui appartient au subrogé de son propre chef comme ayant payé le créancier ou comme ayant prêté les fonds destinés à le payer. On invoque principalement en ce sens le texte de la loi, qui qualifie l'opération dont il s'agit du nom de PAIEMENT *avec subrogation*. Ce langage donne à entendre, dit-on, que la subrogation est une modalité du paiement, mais qu'elle n'en constitue pas moins un véritable paiement; or le paiement éteint la créance; donc elle ne peut pas continuer à exister au profit du subrogé. — Sur le terrain de la logique, sans doute. Mais nous sommes ici sur le terrain de la fiction; or la fiction contient toujours quelque chose de contraire à la réalité; elle est donc toujours absurde par un certain côté. Par rapport au créancier la créance est éteinte, voilà la réalité; elle subsiste au profit du subrogé, voilà la fiction. Et d'ailleurs nos adversaires échappent-ils bien eux-mêmes au reproche d'absurdité qu'ils nous adressent? Si la créance est éteinte par le paiement, ses accessoires sont éteints également, d'après la règle *Sublato principali tollitur accessorium;* alors comment se fait-il qu'ils subsistent encore au profit du subrogé? Est-il moins absurde d'investir le subrogé des accessoires d'une créance que l'on reconnaît éteinte que de l'investir de la créance elle-même?

Voici maintenant la différence pratique entre les deux systèmes qui viennent d'être exposés sommairement. D'après le premier, la créance payée étant réputée subsister au profit du subrogé, celui-ci est mis complètement au lieu et place du créancier, et peut exercer tous ses droits. Ce ne sont donc pas seulement les accessoires de la créance qui lui sont transmis (privilèges, hypothèques, cautionnements), mais aussi les droits inhérents au titre de la créance ou attachés à sa qualité. Ainsi le subrogé profitera du droit que conférait au créancier le titre exécutoire dont il était nanti (Limoges, 25 juillet 1887, Dall. pér., 1888. 2. 103), ou du bénéfice de la compétence commerciale si elle était attachée à la créance à raison de sa nature; il pourra encore user de la contrainte par corps contre le débiteur, dans les cas exceptionnels où cette voie d'exécution rigoureuse appartenait au créancier. Il faudrait au contraire lui refuser ces divers avantages, si l'on admet le deuxième système, qui considère la créance comme éteinte même par rapport au subrogé et l'investit seulement des accessoires de la créance. Logiquement ce système conduirait même à refuser au subrogé le droit d'user du privilège qui appartenait au créancier; car le privilège est attaché à la qualité de la créance (art. 2095), et semble par suite ne pas pouvoir être transporté d'une créance à une autre. On pourrait en dire autant de l'hypothèque légale.

1043. Différences entre la subrogation et la cession de créance. — Si le système que nous venons de combattre donne à la subrogation des effets trop restreints, il en est un autre, à peu près abandonné aujourd'hui, qui lui donne des effets beaucoup trop étendus : c'est celui qui l'assimile à une cession de créance ou cession-transport. Sans doute la subrogation présente une grande analogie avec la cession-transport, surtout quand elle est consentie par le créancier; mais il existe aussi entre ces deux actes juridiques des différences capitales qui ne permettent pas de les confondre :

1° Tout d'abord, le but de la cession de créance et celui de la subrogation sont tout à fait différents. La première met en présence deux spéculateurs, dont chacun cherche à tirer le plus grand profit possible de son marché : l'un vend une créance, l'autre l'achète. Ce que le créancier touche du cessionnaire, il le reçoit comme prix de vente; de son côté le cessionnaire acquiert la créance, non par suite d'une fiction,

mais par l'effet naturel et normal du contrat ; car la créance n'a pas été payée, mais vendue, et, si le paiement éteint les créances, il n'en est pas de même de la vente. Au contraire, la subrogation a pour but de venir au secours du débiteur, en facilitant sa libération envers le créancier. Celui qui paie en se faisant consentir la subrogation ne spécule pas ; il veut rendre service au débiteur, seulement il prend ses précautions pour n'être pas victime de son dévouement. Quant au créancier, il reçoit purement et simplement ce qui lui est dû, et il le reçoit à titre de paiement ; aussi la créance est-elle éteinte par rapport à lui, et ce n'est qu'en vertu d'une fiction de droit qu'elle subsiste par rapport au subrogé. En deux mots, la cession de créance nous apparaît comme un acte de spéculation, tandis que la subrogation est l'auxiliaire d'un bienfait ; elle facilite la réalisation d'une pensée généreuse, en garantissant au capitaliste, qui vient au secours d'un débiteur obéré, le remboursement de son avance.

Telle est la différence fondamentale entre la cession de créance et la subrogation ; presque toutes les autres en dérivent ; indiquons les principales :

2° Le subrogé, qui est considéré comme un bienfaiteur et non comme un spéculateur, n'a jamais droit qu'au remboursement de son avance. Si donc il a obtenu du créancier quittance intégrale moyennant le versement d'une somme inférieure au montant de la créance, il ne pourra exercer l'action du créancier que pour la somme par lui déboursée. Ainsi, la créance étant de 10,000 fr., si un tiers, moyennant le paiement de 9,000 fr., a obtenu du créancier une quittance intégrale et la subrogation dans ses droits, il ne pourra, soit de son propre chef, par l'action de mandat ou de gestion d'affaires, soit par l'action du créancier, en qualité de subrogé, réclamer que 9,000 fr. Au contraire, le cessionnaire, qui est un spéculateur, peut toujours réclamer le montant intégral de la créance, quelque minime que soit le prix moyennant lequel il en a fait l'acquisition. — Cette différence paraît exclusivement théorique ; tous les auteurs l'indiquent, mais la pratique n'offre pas d'exemple de son application.

3° Le cessionnaire d'une créance ne peut exercer que l'action du créancier qui lui a cédé ses droits. Au contraire le subrogé peut, au lieu et place de l'action du créancier, qui lui est transmise par la subrogation, exercer l'action qui lui appartient de son propre chef contre le débiteur, l'action de mandat, de gestion d'affaires ou celle née du prêt. Ces actions sont, il est vrai, dépourvues de toutes garanties particulières, ce sont des actions purement personnelles ; à ce point de vue elles peuvent être moins avantageuses que l'action du créancier, qui est peut-être garantie par des privilèges, hypothèques ou cautionnements ; mais elles peuvent lui être préférables si le débiteur est solvable ; car elles permettront dans tous les cas au bailleur de fonds de réclamer l'intérêt de son avance (art. 1372, 1375 et 2001), tandis qu'il peut se faire que l'action du créancier ne donne pas droit aux intérêts.

4° La cession de créance suppose nécessairement le consentement du créancier ; la subrogation peut avoir lieu contre son gré.

* 5° Celui qui cède une créance est garant de son existence au temps du transport (art. 1693) ; car la cession de créance est une vente, et la garantie est de la nature de la vente. Si donc la créance cédée n'existe pas, c'est par une véritable action en garantie que le cessionnaire agira contre le cédant. — Au contraire, le créancier ne doit aucune garantie au tiers, dont il a reçu son paiement et qu'il a subrogé dans ses droits ; car il n'est pas vendeur, et il ne saurait être tenu des obligations de celui qui vend : il reçoit purement et simplement ce qui lui est dû. — Est-ce à dire que le créancier, ou plutôt celui qui paraissait être tel, aura le droit de garder les fonds qu'il a reçus du subrogé, s'il est démontré que sa créance n'existe pas ? Bien évidemment non ; il devra les restituer, parce qu'il les a reçus indûment : mais c'est par la *condictio indebiti,* et non par l'action en garantie, qu'ils peuvent

lui être réclamés. Il n'est pas indifférent de savoir si c'est l'une ou l'autre action qui peut être exercée; car, par l'action en garantie, le cédant, même de bonne foi, est tenu : 1° de la bonification des intérêts; 2° de la restitution des frais et loyaux coûts du contrat; tandis que la *condictio indebiti* ne permettrait cette double réclamation contre le subrogeant qu'autant qu'il serait de bonne foi, le défendeur à la *condictio indebiti* n'étant tenu que dans la mesure de ce dont il s'est enrichi, lorsqu'il est de bonne foi (art. 1378 et 1380).

* Pothier formule la différence que nous venons d'analyser, dans les termes suivants, qui en donneront un excellent résumé : « La subrogation diffère du transport, en ce que le créancier, qui a subrogé à ses droits celui de qui il a reçu son dû, n'étant réputé vendre et tranporter sa créance que par une pure fiction qui ne doit pas lui préjudicier, il ne s'oblige à aucune garantie ».

* 6° Le transport d'une créance ne devient opposable aux tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690 (notification du transport au débiteur ou acceptation du transport par le débiteur dans un acte authentique). Au contraire, le paiement avec subrogation est opposable aux tiers indépendamment de l'accomplissement de toute formalité particulière. Ainsi Paul me doit 10,000 fr. ; je reçois le paiement de cette somme de Pierre, et je le subroge dans mes droits; la créance est donc éteinte par rapport à moi; malgré cela je la cède moyennant une certaine somme à Jean, qui ignore le fait du paiement et que je trompe par conséquent. Jean, cessionnaire, est un tiers par rapport à Pierre, subrogé. Lequel des deux sera préféré ? S'il s'agissait de deux cessionnaires, la préférence appartiendrait à celui qui le premier aurait rempli l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690. Mais autre chose est la cession, autre chose la subrogation. La subrogation n'empêche pas qu'il y ait paiement et par suite extinction de la créance. C'est par une fiction de droit, établie exclusivement dans l'intérêt du subrogé et qui par conséquent ne peut pas être rétorquée contre lui, que la créance est censée lui avoir été cédée. Dans la réalité des choses, la créance est éteinte, et cela est vrai pour tous autres que le subrogé. C'est donc une créance éteinte qui a été cédée à Jean : d'où la conséquence que la cession est nulle.

7° Aux termes de l'art. 1252 : « *La subrogation établie par les articles précédents » a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs; elle ne peut nuire au créan- » cier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour » ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* ».

La proposition contenue dans la première partie de ce texte paraît inutile, tant elle est évidente. Quelques doutes s'étaient élevés, paraît-il, dans notre ancien droit, sur le point de savoir si le paiement avec subrogation éteignait l'obligation des cautions; notre législateur a voulu les trancher.

La deuxième partie de l'article nous révèle une différence importante entre la subrogation et la cession de créance. Le créancier, qui, en recevant un paiement partiel d'un tiers, l'a subrogé dans ses droits, pourra exercer les privilèges, hypothèques et autres sûretés réelles attachées à la créance, par préférence au subrogé, pour le paiement de ce qui lui reste dû; tandis que celui auquel une créance a été cédée partiellement exerce les droits attachés à cette créance concurremment avec le cédant, pour le paiement de la partie qui lui a été cédée. Soit une créance de 20,000 fr., garantie par une hypothèque; le créancier reçoit d'un tiers, qu'il subroge dans ses droits, le paiement d'une somme de 10,000 fr. En supposant que l'exercice du droit hypothécaire attaché à la créance ne produise qu'une somme de 15,000 fr., le subrogeant se paiera sur cette somme de ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé; sur les 15,000 fr., le subrogeant prendra donc 10,000 fr., et il restera 5,000 fr. pour le subrogé, qui, pour le surplus, sera réduit à une action personnelle contre le débiteur. Si, dans la même hypothèse, on suppose que la créance ait été

cédée pour la moitié, le cédant et le cessionnaire exerceront concurremment l'hypothèque attachée à la créance; ils prendront donc chacun 7,500 fr. sur les 15,000 que produit l'hypothèque. Quelle est la raison de cette différence, qui est traditionnelle ? On permet au créancier d'exercer ses droits par préférence au subrogé, en vertu de l'ancienne maxime *Nemo contra se subrogasse censetur,* que notre article amplifie en disant que la subrogation *ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie :* cette formule, qui, dans sa généralité, comprend même la subrogation légale, est en effet plus large que la maxime précitée, qui paraît ne viser que la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Au contraire, celui auquel une créance a été cédée partiellement, exerce les droits attachés à cette créance concurremment avec le cédant, parce que son droit est le même que celui du cédant. La créance est démembrée par la cession : c'est le même droit qui se trouve désormais réparti sur deux têtes différentes, et il n'y a aucun motif pour que la partie conservée par le cédant soit de qualité supérieure à celle qu'il a transmise au cessionnaire. Telle est la raison d'être de la différence qui nous occupe. On pourrait objecter que la subrogation contient une cession fictive au profit du subrogé, et que par suite elle implique l'égalité, au point de vue des droits, entre le subrogeant et le subrogé. Mais, comme nous l'avons déjà dit, la subrogation n'est une cession fictive que par rapport au subrogé; l'opération est un paiement en ce qui concerne le créancier, et ses droits, au point de vue des garanties attachées à la créance, demeurent intacts tant qu'il n'est pas intégralement payé.

* Supposons que la créance, dont un tiers a payé une partie, avec subrogation dans les droits du créancier, soit dépourvue de toutes garanties particulières : elle est purement chirographaire. Le créancier sera-t-il encore préféré au subrogé pour le paiement de ce qui lui reste dû? En d'autres termes, si l'on ne peut obtenir du débiteur qu'une somme inférieure au montant de la créance, cette somme servira-t-elle d'abord à désintéresser le créancier? L'affirmative paraît résulter de l'art. 1252, qui dispose dans les termes les plus généraux que le créancier « peut exercer ses droits, » pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement » partiel ». Mais hâtons-nous de dire qu'il n'y a rien de plus facile pour le subrogé que de se soustraire à cette injuste préférence : il lui suffit de faire abstraction de sa qualité de subrogé, et de se présenter comme exerçant l'action qui lui appartient de son propre chef contre le débiteur, l'action de mandat ou de gestion d'affaires. En d'autres termes, le subrogé dira au créancier, dans les droits duquel il se trouve partiellement subrogé : « Ce n'est pas votre action que je viens exercer, celle qui m'a été transmise par la subrogation; c'est la mienne, celle qui m'appartient de mon chef; et vous ne pouvez par suite invoquer contre moi l'art. 1252, qui n'est qu'un écho de l'ancienne règle *Nemo contra se subrogasse censetur.* Nous sommes tous les deux créanciers d'un même débiteur, et, si nos créances ont des causes différentes, elles se ressemblent en ce que ni l'une ni l'autre n'est garantie par des sûretés particulières; vous n'avez donc à mon égard aucune cause de préférence, et nous devons être payés par concurrence aux termes de l'art. 2093 ».

* Un raisonnement analogue conduit à décider que, si la créance, payée partiellement avec subrogation dans les droits du créancier, est garantie par un cautionnement, le créancier ne sera pas, pour le paiement de ce qui lui reste dû, préféré au subrogé sur ce qu'il est possible d'obtenir de la caution. Le subrogé dira au créancier : « Je laisse de côté ma qualité de subrogé, pour me présenter concurremment avec vous en usant des droits qui m'appartiennent de mon propre chef. L'action que je viens exercer, c'est l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* ou *de in rem verso,* que j'ai acquise contre la caution en faisant un paiement qui a tourné à sa décharge; par suite vous ne pouvez pas vous prévaloir contre moi d'un droit de préférence, qui n'est accordé que contre le *subrogé* ».

1044. Observation. — La disposition de l'art. 1252 n'est pas d'ordre public; les parties pourraient donc valablement y déroger, en convenant par exemple que le subrogé viendra exercer les droits attachés à la créance concurremment avec le subrogeant.

N° 2. Des diverses espèces de subrogation.

1045. Aux termes de l'art. 1249 : « *La subrogation dans les droits du » créancier au profit d'une tierce personne qui le paie, est ou conven- » tionnelle ou légale* ».

La subrogation conventionnelle est celle qui résulte de la convention des parties; la subrogation légale, celle qui est accordée de plein droit par la loi.

I. *De la subrogation conventionnelle.*

1046. La subrogation conventionnelle peut être consentie par le créancier ou par le débiteur.

A. *De la subrogation consentie par le créancier.*

1047. La première partie de l'art. 1250 indique les conditions auxquelles cette subrogation est soumise : « *Cette subrogation est conven- » tionnelle,* — 1° *Lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce » personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques » contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite en » même temps que le paiement* ».

Ainsi il y aura subrogation valable, si le créancier, en recevant son paiement d'un tiers, lui délivre une quittance ainsi conçue : « J'ai reçu de Pierre la somme de 1,000 fr. que me devait Paul, et je le subroge dans tous mes droits ».

Analysons les deux conditions requises par la loi pour la validité de la subrogation qui nous occupe.

Première condition. La subrogation doit être *expresse*, c'est-à-dire consentie *expressis verbis*. Peu importe d'ailleurs les termes employés, pourvu qu'ils ne laissent aucun doute sur la volonté des parties; car notre droit actuel ne connaît plus les formules sacramentelles. Il n'est pas même nécessaire d'employer le mot *subrogation*. Et toutefois c'est le plus prudent, parce que ce mot a un sens propre qui ne permet aucune méprise, tandis qu'il n'en sera pas toujours ainsi des périphrases par lesquelles on pourrait tenter de le remplacer.

Il est sans difficulté que le créancier pourrait restreindre la subrogation à quelques-uns des droits qui lui appartiennent, par exemple aux privilèges et hypothèques en excluant le cautionnement.

Deuxième condition. La subrogation doit être *faite en même temps que le paiement*. En effet un paiement pur et simple éteindrait la créance avec tous ses accessoires, et il ne pourrait plus être question de les faire revivre par une subrogation ultérieure.

Aucune autre condition n'est requise. Ainsi la subrogation dont il s'agit peut être consentie par acte sous seing privé aussi bien que par acte authentique, et même par simple déclaration verbale (car la loi n'exige pas d'écrit), sauf en ce cas les difficultés de la preuve.

Cpr. Liège, 24 février 1887, Dall. pér., 1888. 2. 34.

* La subrogation consentie par une quittance sous seing privé, ne peut être opposée aux tiers, par exemple à un cessionnaire de la créance, qu'autant que la quittance d'où elle résulte a acquis date certaine. Arg. art. 1328.

B. *De la subrogation consentie par le débiteur.*

1048. Le débiteur qui emprunte de l'argent pour payer sa dette et qui la paie effectivement avec les deniers empruntés, peut subroger le prêteur dans les droits du créancier.

Nous avons dit que la subrogation contient une cession fictive des droits du créancier, et par suite de sa créance, au profit du subrogé. Cela étant, comment se fait-il que la subrogation puisse être consentie par le débiteur? C'est donc le débiteur qui va céder la créance! Est-ce possible? Sur le terrain des principes, la subrogation qui nous occupe est difficile à justifier; ce sont des raisons d'utilité pratique qui l'ont fait admettre. En effet, d'une part, cette subrogation peut être fort avantageuse pour le débiteur, en ce sens qu'elle lui permet de trouver plus facilement à emprunter des fonds pour se libérer; d'autre part, elle ne nuit pas au créancier, puisqu'il reçoit son paiement; elle ne nuit pas non plus aux autres créanciers du débiteur qui consent la subrogation, car il leur est indifférent que la créance continue à appartenir au même créancier ou qu'elle soit transmise à un autre. La subrogation dont il s'agit profite donc au débiteur, et ne nuit à personne : voilà son unique raison d'être.

Nous ne pouvons mieux mettre en relief les motifs qui militent en faveur de cette subrogation qu'en faisant connaître les circonstances qui ont amené sa consécration législative. On sait que, dans notre ancien droit, la constitution de rente était le moyen pratique employé pour réaliser le prêt à intérêt, qui était défendu. Un édit de Charles IX, de 1576, avait fixé le taux des rentes au denier douze (1 pour 12, ou 8 1/3 pour 100). Par un édit de 1601, Henri IV l'abaissa au denier seize (1 pour 16, ou 6 1/4 pour cent). Les débiteurs de rentes constituées au denier douze eurent alors intérêt à emprunter de l'argent au nouveau taux, c'est-à-dire au denier seize, pour rembourser le capital de ces rentes : ils gagnaient ainsi la différence entre l'ancien taux et le nouveau, soit un peu plus de 2 pour 100. Mais les bailleurs de fonds demandaient des garanties. Le plus souvent, le débiteur n'en avait pas d'autres à leur offrir que celles qu'il avait déjà données au crédi-rentier qu'il s'agissait de rembourser, et la subrogation était nécessaire pour les leur transmettre; or à cette époque le créancier seul pouvait consentir la subrogation, et dans l'espèce il s'y refusait le plus souvent, parce qu'une fois remboursé du capital de la rente il n'aurait plus trouvé le placement de ses fonds à un taux aussi avantageux. Cette résistance rendait donc l'emprunt et par suite le remboursement impossible. Il n'y avait qu'un moyen de mettre les débiteurs à même de profiter de l'abaissement du taux des rentes, il fallait les autoriser à consentir eux-mêmes la subrogation : c'est pré-

cisément ce que fit l'édit de 1609. Depuis lors, la subrogation consentie par le débiteur a toujours conservé sa place dans notre droit.

1049. Les conditions de la subrogation consentie par le débiteur sont indiquées par l'art. 1250-2°, ainsi conçu : « *Cette subrogation est* » *conventionnelle,...* — 2° *Lorsque le débiteur emprunte une somme à* » *l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du* » *créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte* » *d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte* » *d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le* » *paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été* » *fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette* » *subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier* ».

Trois conditions sont donc requises pour que cette subrogation se produise. Il faut :

1° Que le prêt soit effectué sous la condition que l'emprunteur emploiera les fonds au paiement de telle dette déterminée, et que cette condition soit mentionnée dans l'acte d'emprunt;

2° Que le paiement soit fait avec les deniers empruntés, et que cela soit constaté par la quittance que le créancier délivre au moment du paiement;

3° Que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires. Un acte sous seing privé enregistré ne suffirait donc pas. On rencontre la fraude à chaque pas dans cette matière, et c'est principalement dans le but de la prévenir que cette condition a été exigée.

Rien ne s'oppose à ce que l'emprunt et le paiement soient constatés par un seul et même acte notarié. Ce mode de procéder remplit même plus complètement le vœu de la loi, et offre plus de sécurité pour le prêteur. D'ailleurs il serait frustratoire d'exiger que le notaire rédigeât deux actes pour constater des faits qui se passent simultanément en sa présence. La tradition est constante en ce sens.

Lorsque les conditions qui viennent d'être indiquées sont remplies, la subrogation s'opère, sans qu'il soit nécessaire d'insérer, soit dans l'acte d'emprunt, soit dans la quittance, une déclaration expresse de subrogation, comme on l'exigeait dans notre ancien droit. Cette subrogation a lieu sans le concours et même contre la volonté du créancier.

II. *De la subrogation légale.*

1050. La subrogation légale est celle qui s'opère de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi.

Nous avons dit que la subrogation est une fiction; par conséquent la subrogation légale est une fiction légale. C'est dire que les dispositions qui l'établissent doivent être interprétées d'une manière restrictive.

Les divers cas de subrogation légale sont indiqués limitativement par l'art. 1251, ainsi conçu : « *La subrogation a lieu de plein droit,* — » 1° *Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre*

» *créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothè-* » *ques;* — 2° *Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le* » *prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héri-* » *tage était hypothéqué;* — 3° *Au profit de celui qui, étant tenu avec* » *d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'ac-* » *quitter;* — 4° *Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses* » *deniers les dettes de la succession* ».

Examinons successivement ces divers cas.

1051. Premier cas. La subrogation a lieu de plein droit : « *au profit* » *de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui* » *est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques* ». Ainsi le créancier hypothécaire, qui paie un créancier privilégié, est subrogé dans les droits de celui-ci ; car le créancier privilégié est préférable au créancier hypothécaire (art. 2095). De même, la subrogation a lieu au profit du créancier hypothécaire, qui paie un autre créancier hypothécaire dont le rang est plus avantageux; elle a lieu également au profit d'un créancier chirographaire, qui paie un créancier soit privilégié, soit hypothécaire.

Quel est le fondement de cette subrogation ? Le paiement, fait dans les conditions dont il s'agit, sera souvent profitable, non seulement à celui dont il émane, mais aussi à la masse des créanciers et au débiteur lui-même ; la loi devait donc l'encourager, puisqu'il profite à tous, et elle l'encourage en accordant la subrogation à celui qui le fait. Nous disons que ce paiement est profitable à tous. D'une part en effet, il diminue le nombre des créanciers : ce qui augmente les chances d'arriver à une entente, à un ordre amiable entre ceux qui restent à payer ; au cas où il faudrait néanmoins en venir à un ordre judiciaire, les frais en seront diminués, car ils seront d'autant moindres qu'il y aura moins de créanciers en cause. D'autre part, le paiement sera souvent le seul moyen de se débarrasser d'un créancier intraitable, qui, étant sûr d'être payé parce qu'il occupe le premier rang, s'inquiète peu de savoir si les autres le seront aussi, et n'hésite pas à poursuivre la vente des biens du débiteur dans un temps inopportun, au risque de tout compromettre ; tandis qu'en attendant un peu on aurait la chance de vendre dans des conditions bien meilleures, et d'obtenir une somme suffisante pour payer tout le monde, et peut-être même pour laisser un excédent au débiteur.

Par application du principe d'interprétation restrictive qui gouverne cette matière, on doit décider que la subrogation légale ne se produirait pas au profit du créancier, qui aurait payé un autre créancier de même rang que lui ou d'un rang inférieur ; la loi dit : « un autre créancier qui lui est *préférable* ». Il y aurait eu de bons motifs cependant pour étendre la subrogation à ce cas ; mais la loi ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de compléter ou de réformer son œuvre. De

même la subrogation n'aurait pas lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paierait un autre créancier qui lui est préférable à raison d'un droit d'antichrèse; car l'antichrésiste n'a, en cette qualité, ni privilège, ni hypothèque, mais seulement un droit de rétention, et par conséquent il n'est pas préférable à celui qui le paie, *à raison de ses privilèges ou hypothèques,* comme l'exige l'art. 1251-1°. Au contraire, le créancier gagiste a un privilège (art. 2102-2°), et par conséquent il ne faudrait pas lui appliquer ce que nous venons de dire de l'antichrésiste.

1052. Deuxième cas. La loi accorde en second lieu la subrogation à « *l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au* » *paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué* ». Supposons, pour éclaircir cette disposition, que j'aie acheté moyennant 100,000 fr. un immeuble, qui est hypothéqué pour une créance de 60,000 fr. au profit de *Primus,* puis pour une créance de 40,000 fr. au profit de *Secundus,* et enfin pour une créance de 20,000 fr. au profit de *Tertius.* Je verse mon prix entre les mains des créanciers inscrits, suivant l'ordre des inscriptions, et, par suite, des préférences (art. 2134); je paie donc 60,000 fr. à *Primus,* premier inscrit, et 40,000 fr. à *Secundus,* qui vient au deuxième rang. Ce paiement me libère envers mon vendeur; car il tourne à son profit, puisqu'il s'agit de dettes dont il était tenu; en outre il me fait acquérir la subrogation dans les droits des créanciers que j'ai désintéressés. — Au premier abord, on ne voit pas trop à quoi sert cette subrogation; car la subrogation implique un recours dont elle a pour but d'assurer l'efficacité; or, en versant mon prix entre les mains des créanciers hypothécaires, je me suis libéré envers mon vendeur, et je n'ai de recours à exercer contre personne. On le voit d'autant moins qu'en définitive les hypothèques, que cette subrogation me fait acquérir, portent sur un immeuble dont je suis propriétaire : ce qui semble devoir en paralyser complètement l'efficacité. — Effectivement ces hypothèques ne me serviront jamais à rien, si je demeure propriétaire incommutable de l'immeuble sur lequel elles portent. Mais il ne faut pas oublier que, dans l'espèce proposée, il y a un créancier inscrit qui n'a pas été payé, *Tertius.* Or il conserve la faculté, son hypothèque n'étant pas éteinte, et la vente faite à mon profit ne lui étant pas opposable à raison de sa qualité de *tiers,* de poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble, en vue d'être colloqué à son rang sur le prix (art. 2166). Supposons qu'il use de ce droit. C'est alors qu'apparaîtra l'utilité de la subrogation qui nous occupe. Par hypothèse, l'immeuble, vendu aux enchères sur les poursuites de *Tertius,* est adjugé à un nouvel acquéreur pour 105,000 fr. Sur cette somme, je commencerai d'abord par me faire rembourser les 100,000 fr. que j'ai payés à *Primus* et à *Secundus;* je m'en ferai rembourser en exerçant leur hypothèque, dans laquelle je suis subrogé, de sorte que, si je perds mon immeuble, je ne perdrai pas

du moins mon argent, et il me restera en outre un recours en garantie contre mon vendeur, pour le préjudice que l'éviction me cause. Une fois que j'aurai exercé les droits de *Primus* et de *Secundus* comme subrogé, il restera 5,000 fr. sur le prix d'adjudication. Ces 5,000 fr. seront attribués à *Tertius,* pour lequel, ainsi qu'on le voit, la poursuite n'aura pas été stérile.

La subrogation dont nous nous occupons, n'étant établie qu'au profit de l'acquéreur d'un immeuble, devrait être refusée à l'acquéreur d'un meuble. D'ailleurs la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* lui fournit une protection suffisante.

L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué a un autre moyen plus sûr de se débarrasser des créanciers hypothécaires, c'est la purge (art. 2181 et s.).

1053. Troisième cas. La subrogation a lieu de plein droit « *au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ».

* A la différence du précédent, ce cas de subrogation légale n'avait pas été admis dans notre ancien droit, malgré les efforts de Dumoulin. En l'introduisant dans notre législation par la disposition de l'art. 1251-3°, le législateur de 1804 n'a sans doute pas remarqué qu'il comprenait celui prévu par le numéro précédent, et que ce numéro devenait ainsi sans objet. C'est l'explication la plus simple qui ait été donnée de ce pléonasme législatif.

Par les mots *avec d'autres* la loi vise le cas de plusieurs codébiteurs soit d'une même obligation solidaire, soit d'une même obligation indivisible, dont un seul paie la totalité de la dette.

Les mots *pour d'autres* font principalement allusion à la caution, qui est tenue, non pour son compte, mais pour celui du débiteur principal.

Ils s'appliquent aussi au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, qui paie la dette dont l'immeuble est grevé.

Enfin nous pensons qu'ils pourraient être également invoqués, soit par l'acquéreur d'un immeuble qui aurait payé aux créanciers inscrits sur cet immeuble une somme supérieure à son prix d'acquisition, soit par celui qui, ayant acquis un immeuble par donation ou par échange, aurait payé les dettes dont l'immeuble était grevé. Ces divers cas, qui, par suite du principe d'interprétation restrictive applicable en cette matière, ne devraient peut-être pas être considérés comme compris dans la disposition du n° 2 de l'art. 1251, rentrent bien en tout cas dans celle du n° 3.

1054. Quatrième cas. Enfin l'art. 1251 accorde la subrogation de plein droit à « *l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession* ». L'héritier bénéficiaire, étant appelé à profiter de l'excédent de l'actif de la succession sur le passif, a intérêt à ce qu'elle soit liquidée aux moindres frais possibles. C'est l'intérêt aussi des créanciers du défunt et des légataires, qui pourront n'obtenir qu'un paiement partiel si une partie de l'actif est dévorée en frais. Tout le monde est donc intéressé à une liquidation aussi économique, nous pouvons ajouter, et aussi prompte que possible, de l'hérédité. Or le paiement, que l'héritier bénéficiaire consent à faire de ses propres

deniers pour le compte de la succession, concourt puissamment à ce double résultat. La loi devait donc favoriser ce paiement, et c'est ce qu'elle fait en accordant à l'héritier qui l'effectue la subrogation dans les droits du créancier, pour assurer l'efficacité de son recours contre la succession. Grâce à cette subrogation, l'héritier bénéficiaire, qui ne connaît pas exactement les forces de la succession, paiera sans inquiétude de ses propres deniers les créanciers munis de sûretés suffisantes, ayant l'assurance de rentrer dans ses fonds au cas où l'événement viendrait démontrer que le passif de l'hérédité est supérieur à son actif.

La subrogation qui nous occupe n'appartiendrait pas au curateur à la succession vacante, qui aurait payé de ses propres deniers les dettes de la succession. La loi ne l'accorde qu'à l'héritier bénéficiaire, et nous savons que, dans cette matière, ses dispositions ne comportent pas l'interprétation extensive.

1054 *bis*. Aux quatre cas de subrogation légale établis par l'art. 1251, il y a lieu d'en ajouter deux autres. Le premier est prévu par l'art. 159 C. co.; le second par les art. 29 et 30 de la loi du 22 frimaire an VII. Voyez ces textes.

N° 3. Effets de la subrogation.

1055. Que la subrogation soit conventionnelle ou légale, le subrogé prend la place du créancier relativement à la créance dont il a effectué le paiement; il peut donc exercer tous les droits et actions attachés à cette créance.

Nous savons toutefois : d'une part, que le subrogé ne peut exercer ces divers droits que dans la mesure de ce qu'il a déboursé pour la libération du débiteur; d'autre part, que la subrogation ne peut nuire au créancier quand il n'a reçu qu'un paiement partiel (art. 1252), et enfin que les effets de la subrogation conventionnelle peuvent être restreints par la convention des parties. Ajoutons que, lorsque la subrogation se produit au profit de celui qui était tenu avec d'autres au paiement de la dette, il ne peut, même comme subrogé, recourir contre ses coobligés que pour leur part contributoire dans la dette. V. art. 875, 1213 et 1214, 2033.

§ III. *De l'imputation des paiements.*

1056. La question de l'*imputation des paiements* ne peut se présenter que lorsqu'une même personne est débitrice envers un même créancier de plusieurs dettes ayant pour objet des prestations de même nature. Ainsi je suis débiteur envers vous de deux dettes distinctes de 1,000 fr. chacune; je vous paie 1,000 fr.; il s'agit de savoir sur laquelle des deux dettes le paiement s'imputera, c'est-à-dire quelle est celle des deux à laquelle il s'appliquera. Tel est l'objet de notre paragraphe, qui s'occupe successivement de l'imputation faite par le débiteur, de l'imputation faite par le créancier et de celle faite par la loi.

1. *Imputation faite par le débiteur.*

1057. « *Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, » quelle dette il entend acquitter* » (art. 1253). Cette disposition nous paraît fondée sur ce principe, que, toutes choses égales d'ailleurs, la loi dispose en faveur du débiteur.

Bien entendu, le débiteur ne peut pas, sous prétexte d'user de la faculté que lui

accorde l'art. 1253, porter atteinte aux droits qui appartiennent au créancier. Ainsi le débiteur de deux dettes, dont l'une n'est pas échue, n'a pas le droit d'imputer ce qu'il paie sur la dette non échue, si le terme a été stipulé en faveur du créancier. De même, le débiteur de deux dettes également échues, qui paie une somme égale au montant de la plus faible, ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le paiement sur la dette la plus forte. Ce serait contraindre le créancier à recevoir le paiement partiel de cette dernière : ce que ne permet pas l'art. 1244. C'est à ce même principe que se rattache la disposition de l'art. 1254, ainsi conçu : « *Le débiteur d'une » dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement » du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arré- » rages ou intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point » intégral, s'impute d'abord sur les intérêts* ».

2. *Imputation faite par le créancier.*

1058. Aux termes de l'art. 1255 : « *Lorsque le débiteur de diverses dettes a » accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une » de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une » dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier* ».

L'imputation, que le créancier fait dans la quittance, est considérée par la loi comme le résultat d'une convention entre lui et le débiteur. Ce dernier, qui pouvait imposer telle ou telle imputation au créancier, est censé, quand il n'use pas de ce droit, avoir accepté celle que le créancier a indiquée dans la quittance. Le créancier doit faire cette imputation au moment même du paiement; après il serait trop tard, car il se trouverait en présence d'une imputation faite par la loi, et il n'aurait pas le droit de la modifier.

Le débiteur n'est pas admis à critiquer l'imputation faite par le créancier, sur ce seul fondement qu'elle lui est préjudiciable; mais la loi lui permet de l'attaquer, lorsqu'elle est le résultat d'un dol ou même d'une simple *surprise* de la part du créancier. La surprise diffère du dol, en ce qu'elle ne suppose pas, comme ce dernier, l'emploi de *manœuvres* destinées à induire le débiteur en erreur. C'est une question de fait que celle de savoir s'il y a eu ou non surprise.

3. *Imputation légale.*

1059. Si l'imputation n'est faite ni par le débiteur ni par le créancier, la loi décide d'après quelles règles elle doit être effectuée, en établissant autant que possible une juste balance entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. C'est l'imputation légale régie par l'art. 1256, ainsi conçu : « *Lorsque la quittance ne porte aucune » imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour » lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues; sinon, » sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point. — Si les » dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne : toutes choses » égales, elle se fait proportionnellement* ».

Ainsi, entre deux dettes, dont l'une est échue tandis que l'autre ne l'est pas, l'imputation doit être faite sur la première.

Si toutes les dettes sont également échues, l'imputation se fera sur celle dont l'extinction doit procurer le plus grand profit au débiteur, par conséquent sur la dette qui produit des intérêts plutôt que sur celle qui n'en produit pas, sur la dette hypothécaire ou privilégiée plutôt que sur la dette chirographaire, sur la dette non contestée plutôt que sur celle contestée, sur la dette cautionnée plutôt que sur celle qui ne l'est pas; car, en payant la dette cautionnée, le débiteur se libère envers deux personnes, le créancier et la caution, tandis qu'il ne se libérerait qu'envers une seule en payant la dette non cautionnée. On suivrait les mêmes règles pour l'imputation

à faire entre plusieurs dettes dont aucune ne serait échue; l'imputation devrait toujours être dirigée sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter. Il appartient au juge du fond de décider quelle est la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter. Cass., 23 juillet 1884, Sir., 85. 1. 365.

En supposant qu'il s'agisse de dettes qui sont toutes échues ou toutes non échues, et que le débiteur n'ait pas d'intérêt à l'extinction de l'une plutôt que de l'autre, l'imputation se fera sur la dette *la plus ancienne,* expression qui nous paraît désigner la dette née la première et non celle qui est échue la première, la loi parlant de l'ancienneté de la *dette* et non de l'*échéance.*

Enfin, au cas où l'application des règles qui viennent d'être exposées donnerait un résultat négatif, c'est-à-dire ne permettrait pas de déterminer la dette sur laquelle le paiement doit être imputé, l'imputation devra être faite proportionnellement sur les diverses dettes.

§ IV. *Des offres de paiement et de la consignation.*

1060. Il arrive quelquefois qu'un créancier, par caprice ou pour tout autre motif, refuse de recevoir le paiement de ce qui lui est dû. Cette résistance ne doit pas nuire au débiteur, qui peut avoir intérêt à se libérer, notamment pour se décharger des risques de la chose ou pour faire cesser le cours des intérêts. La loi lui permet de se créer une situation équivalente à celle que lui procurerait un paiement, par le moyen d'offres réelles suivies de consignation. C'est ce que dit l'art. 1257, ainsi conçu : « *Lorsque le créancier refuse de recevoir son paie-* » *ment, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créan-* » *cier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte.— Les offres* » *réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur; elles tiennent* » *lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la* » *chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier* ».

Les offres *réelles* consistent dans la présentation effective de la chose due au créancier; on oppose les offres *réelles* aux offres *verbales* ou *labiales.*

La *consignation* (de *cum signare,* parce que les espèces consignées étaient autrefois enfermées dans des sacs cachetés) est le dépôt de la chose due dans un lieu désigné soit par la loi, soit par la justice, où elle demeure à la disposition du créancier.

Ce sujet est traité par le code civil d'une manière très défectueuse; tout y est confondu. Nous parlerons successivement de la procédure des offres réelles et de la consignation, et de leurs effets.

N° 1. Procédure des offres réelles et de la consignation.

1061. La procédure des offres réelles et de la consignation varie, suivant qu'il s'agit d'une dette de somme d'argent, d'une dette de corps certain ou d'une dette de chose indéterminée autre qu'une somme d'argent.

I. *Dettes de sommes d'argent.*

1. *Offres réelles.*

1062. « *Pour que les offres réelles soient valables* », dit l'art. 1258, » *il faut,*

» 1° *Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir,* » *ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui;*

Par exemple au mandataire conventionnel du créancier, ou à son mandataire légal, par exemple son tuteur. Cpr. Cass., 10 juin 1885, Sir., 85. 1. 310.

» 2° *Qu'elles soient faites par une personne capable de payer;*

Autrement le créancier serait en droit de refuser le paiement qui lui est offert, parce qu'il aurait à craindre l'exercice d'une action en répétition.

» 3° *Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou* » *intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non* » *liquidés, sauf à la parfaire;* Cpr. Cass., 16 avril 1883, Sir., 85. 1. 199.

Il n'est pas nécessaire que la somme offerte pour les frais non liquidés soit approximativement égale au montant de ces frais; une somme quelconque suffit. Ainsi une décision judiciaire a déclaré suffisante l'offre d'une somme de 12 fr. pour des frais non liquidés, qui furent plus tard taxés à la somme de 1,607 fr. !

» 4° *Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier;*

Le débiteur pourrait valablement faire des offres réelles valables avant l'expiration du terme, s'il a été stipulé en sa faveur : ce qu'on doit d'ailleurs présumer dans le doute (art. 1187).

» 5° *Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée;*

Il ne s'agit ici que de la condition suspensive, qui, tenant en suspens l'existence même de la dette, permet au créancier de refuser le paiement offert par anticipation. Le refus du créancier ne serait pas légitime, s'il s'agissait d'une dette contractée sous une condition résolutoire non encore accomplie; car la condition résolutoire ne suspend pas l'existence de l'engagement, mais seulement sa résolution.

» 6° *Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le* » *paiement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du* » *paiement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son* » *domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention;*

Lorsqu'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, il doit être fait au domicile du débiteur (art. 1247). Notre texte fait perdre au débiteur le bénéfice de cette disposition, en l'obligeant dans ce cas à faire les offres réelles au domicile du créancier ; la loi rend ainsi *portable* une dette qui était *quérable*. Peut-être eût-il été plus juridique de décider que, dans cette hypothèse, les offres réelles seraient remplacées par une sommation, donnée au créancier, de venir recevoir le paiement au domicile du débiteur.

Il se peut que l'huissier, chargé de faire les offres réelles, ne trouve personne au domicile du créancier ou au lieu désigné pour le paiement. Il y aurait lieu alors d'appliquer par analogie l'art. 68 du code de procédure civile.

» 7° *Que les offres soient faites par un officier ministériel ayant carac-*
» *tère pour ces sortes d'actes* ».

Ordinairement les offres sont faites par un huissier; on s'accorde à reconnaître qu'elles peuvent l'être également par un notaire.

8° A ces sept conditions il y a lieu d'en ajouter une huitième, qui résulte des art. 812 et 813 du code de procédure civile, ainsi conçus : « Tout procès-verbal d'offres désignera l'objet offert, de manière qu'on » ne puisse y en substituer un autre; et si ce sont des espèces, il en » contiendra l'énumération et la qualité ». — « Le procès-verbal fera » mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et » s'il a signé, refusé ou déclaré ne pouvoir signer ».

1063. Si le créancier accepte les offres faites par l'officier ministériel, celui-ci paie et retire une quittance. Les frais des offres réelles demeurent alors à la charge du créancier (arg. art. 1260), pourvu toutefois que le débiteur justifie qu'il avait fait préalablement des offres verbales au créancier et que celui-ci les a refusées; car autrement les frais des offres réelles auraient été occasionnés par la faute du débiteur, qui n'est autorisé à employer ce moyen de se libérer qu'au cas de refus du créancier (arg. art. 1257 al. 1), et il serait juste qu'il les supportât.

2. *Consignation.*

1064. Si le créancier refuse de recevoir des offres valablement faites par le débiteur, celui-ci peut consigner, sans avoir besoin de s'y faire autoriser préalablement par la justice. C'est ce que dit l'art. 1259, qui indique en même temps les conditions requises pour la validité de la consignation. Ce texte est ainsi conçu :

« *Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle* » *ait été autorisée par le juge : il suffit,*

» 1° *Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier, et* » *contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte* » *sera déposée;*

Grâce aux indications que lui fournit cette sommation, le créancier pourra se présenter au moment où la consignation doit avoir lieu, et empêcher le dépôt en acceptant la chose offerte.

» 2° *Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant* » *dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec* » *les intérêts jusqu'au jour du dépôt;*

Pour les dettes de sommes d'argent, le dépôt doit être effectué dans une caisse spéciale, appelée *caisse des dépôts et consignations,* qui a été créée par la loi du 18 avril 1816 (art. 110 et 111). A Paris, il existe un préposé spécial pour cette caisse ; dans les chefs-lieux de département, elle est tenue par les trésoriers payeurs généraux, et dans les chefs-lieux d'arrondissement par les receveurs particuliers des finan-

ces. — La caisse des dépôts et consignations sert l'intérêt à 3 % des fonds qu'elle reçoit, à dater du 61e jour depuis le versement.

» 3° *Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la* » *nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les rece-* » *voir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt;*

L'officier ministériel, qui dresse ce procès-verbal, n'est pas nécessairement celui par le ministère duquel ont été faites les offres réelles, bien que la loi dise « par l'officier ministériel » et non par un officier ministériel.

» 4° *Qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-* » *verbal du dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose* » *déposée* ».

1064 *bis.* Dans deux cas le débiteur est autorisé à consigner sans offres réelles préalables. Le premier est prévu par l'art. 777 du C. pr. V. cet article. Le second est relatif au cas où la dette est constatée par un effet à ordre ou au porteur. Une loi du 6 thermidor de l'an III, encore en vigueur aujourd'hui, autorise alors le débiteur à consigner, sans autre forme de procès, si le porteur ne s'est pas présenté dans les trois jours qui suivent celui de l'échéance. Il le fallait bien, car en pareil cas le débiteur sera presque toujours dans l'impossibilité, de connaître la personne du titulaire de l'effet, et alors comment lui faire des offres réelles, comment lui adresser la sommation prescrite par l'art. 1259-1° ? Le dépôt une fois effectué, le débiteur sera quitte en remettant au porteur l'acte de dépôt en échange de l'effet.

II. *Dettes de corps certains.*

1065. « *Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu* » *où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enle-* » *ver, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile* » *élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le* » *créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu* » *dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la per-* » *mission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu* » (art. 1264).

Dans l'hypothèse où se place cet article, c'est-à-dire lorsque la dette a pour objet un corps certain qui doit être payé au lieu où il se trouve, les offres réelles sont remplacées par une sommation adressée au créancier de venir prendre livraison de la chose.

Le débiteur peut s'en tenir là, et laisser la chose où elle se trouve, s'il n'a pas besoin de l'emplacement qu'elle occupe. Dans le cas contraire, il demandera à la justice de désigner un autre lieu où il sera autorisé à la déposer ; la loi n'a pas pu déterminer ce lieu d'avance, comme elle l'a fait pour les sommes d'argent, parce qu'il variera nécessairement suivant la nature de la chose due.

Ainsi, dans notre hypothèse, les offres réelles sont remplacées par une sommation, et, quant à la consignation, elle est facultative pour le débiteur.

La loi ne prévoit pas le cas où le corps certain, qui fait l'objet de la dette, doit

être livré en un lieu déterminé autre que celui où il se trouve actuellement; mais cette lacune peut être facilement comblée. Le débiteur commencera par transporter la chose au lieu où elle doit être livrée; cela fait, il sera désormais débiteur d'un corps certain payable au lieu où il se trouve, et il n'y aura qu'à appliquer pour le surplus l'art. 1264.

Si, d'après la convention, le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, doit être livré au domicile du créancier, alors on se trouve tout à fait en dehors des prévisions de l'art. 1264. Nous croyons que dans cette hypothèse le débiteur devrait, conformément à l'art. 1257, qui, ainsi que nous le dirons bientôt, contient le droit commun de la matière, faire des offres réelles au domicile du créancier, par conséquent y faire transporter la chose, et, au cas de refus du créancier de la recevoir, faire désigner par la justice un lieu où il sera autorisé à la déposer.

III. *Dettes de choses indéterminées autres qu'une somme d'argent.*

1066. Il s'agit par exemple d'une dette de 20 hectolitres de froment, de 500 kilogrammes de sucre, de 10 barriques de vin. Le créancier refuse de recevoir ce qui lui est dû, et le débiteur veut se libérer; comment procédera-t-il ? Daprès une opinion qui compte de nombreux suffrages, le débiteur devrait commencer par individualiser la chose qu'il entend payer, par exemple en faisant enfermer dans des sacs le blé qu'il destine à son créancier; sa dette se trouvant ainsi transformée en une dette de corps certain, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1264, c'est-à-dire que les offres réelles seraient remplacées par une sommation, donnée au créancier, de venir prendre livraison de la chose, et que, faute par lui d'obtempérer à cette sommation, le débiteur pourrait conserver la chose au lieu où il l'a placée, ou se faire autoriser par la justice à la déposer ailleurs. Cpr. art. 1961-3°.

Mais comment admettre que le débiteur puisse ainsi, de sa propre autorité transformer sa dette d'une chose indéterminée en une dette de corps certain ? Pour être opposable au créancier, cette transformation devrait avoir obtenu son assentiment; car enfin c'est la volonté commune des parties qui a déterminé la nature de la dette, et cette volonté commune paraît nécessaire pour la changer. Il ne dépend donc pas de la seule volonté d'un débiteur de quantité de devenir débiteur d'un corps certain, et par suite ce débiteur ne peut pas invoquer l'art. 1264. Ce texte écarté, il ne reste plus qu'à appliquer le droit commun. Or il conduit à décider que le débiteur devra faire des offres réelles au créancier, c'est-à-dire lui présenter effectivement la chose qu'il lui destine, et, si le créancier refuse de la recevoir, la consigner en un lieu qu'il fera désigner par la justice. C'est bien là le droit commun. En effet l'art. 1257 pose le principe des offres réelles et de la consignation dans les termes les plus généraux : il dit que le débiteur, pour se libérer envers son créancier qui refuse de recevoir, doit faire des offres réelles et consigner la somme ou la *chose* offerte. Le principe ne s'applique donc pas seulement aux dettes de sommes d'argent, mais à toutes les dettes en général. Cette induction est confirmée par l'art. 812 du code de procédure civile, qui dispose que : « Tout procès-» verbal d'offres désignera l'*objet* offert..., et *si ce sont des espèces,* il en contiendra l'énumération et la qualité ». C'est dire très clairement que les offres réelles peuvent être nécessaires pour des choses autres que des sommes d'argent. La règle est donc que le débiteur doit, pour se libérer envers son créancier qui refuse de recevoir,

faire des offres réelles et consigner, et cette règle devra s'appliquer dans tous les cas où il n'existera pas un texte spécial qui y déroge. Or l'art. 1264, qui autorise le débiteur à remplacer les offres réelles par une sommation et le dispense de la nécessité de consigner, n'est relatif qu'à l'hypothèse où la dette a pour objet un corps certain payable au lieu où il se trouve. Donc, en dehors de cette hypothèse, les offres réelles et la consignation sont nécessaires, conformément au droit commun. — Il est vrai qu'au point de vue pratique la solution à laquelle nous adhérons présente de graves inconvénients ; elle oblige quelquefois le débiteur à transporter à grands frais au domicile du créancier des marchandises encombrantes ou susceptibles d'être détériorées; mais cet inconvénient, qui aurait peut-être dû déterminer le législateur à édicter une autre règle pour ce cas, n'autorise pas l'interprète à modifier celle qu'il trouve établie.

N° 2. Effets des offres réelles suivies de consignation.

1067. Pothier dit au n. 573 de son *traité des obligations* : « La consignation n'est pas proprement un paiement : car le paiement renferme essentiellement la translation de la propriété de la chose qui est payée, en la personne du créancier. Or il est évident que la consignation ne transfère pas la propriété de la chose consignée en la personne du créancier, le créancier ne pouvant l'acquérir qu'en recevant volontairement la chose qui lui est offerte... Mais quoique la consignation qui se fait sur le refus du créancier de recevoir la chose ou la somme à lui due qui lui est offerte, ne soit pas un véritable paiement, néanmoins, lorsqu'elle est faite valablement, elle équipolle à un paiement, et elle éteint la dette, de même que l'éteindrait le paiement réel qui serait fait au créancier... ». Ce passage de l'illustre auteur a été condensé dans l'alinéa 2 de l'art. 1257, déjà cité plus haut. La loi dit que les offres réelles suivies de consignation *tiennent lieu de paiement,* c'est-à-dire qu'elles procurent au débiteur une situation analogue à celle que lui procurerait un paiement, et elle en déduit cette double conséquence : 1° que, si la chose due est une somme d'argent, les intérêts cessent de courir au profit du créancier; 2° que la chose ainsi consignée *demeure* aux risques du créancier : ce qui signifie qu'elle passe aux risques du créancier, si elle n'y était déjà. Tout cela revient à dire que le débiteur est libéré par des offres réelles suivies de consignation, et c'est effectivement ce que commence par dire l'art. 1257 al. 2.

1068. La libération du débiteur ne date que de la consignation, et non des offres réelles comme l'ont soutenu quelques auteurs. Dans cette dernière opinion, on considère la consignation comme n'étant qu'une condition suspensive, à laquelle serait subordonnée l'efficacité des offres réelles, et qui, une fois accomplie, produirait un effet rétroactif au jour des offres (arg. art. 1179). Cette manière de voir est principalement fondée sur ces mots de l'art. 1257 al. 2 : « Les offres réelles *suivies* » d'une consignation libèrent le débiteur »; donc, dit-on, ce sont *les offres* qui libèrent le débiteur, sous la condition qu'il consignera. Mais cette induction se trouve démentie par ce que dit le législateur quelques lignes plus loin : « la chose *ainsi*

» *consignée* demeure aux risques du débiteur ». S'il était vrai, comme on le prétend, que le débiteur est libéré par les offres, sous la condition suspensive de la consignation, les risques pendant le temps intermédiaire entre les offres et la consignation devraient être au compte du créancier, en vertu de l'effet rétroactif de la condition accomplie. D'autre part, si la théorie que nous combattons était fondée, il en résulterait que les intérêts devraient cesser de courir à la charge du débiteur à compter du jour des offres; or l'art. 1259-2° dit très positivement qu'ils courent *jusqu'au jour du dépôt,* et c'est ce que dit également, en termes un peu différents, il est vrai, l'art. 816 du code de procédure civile : « Le jugement qui déclare les offres » valables... prononcera la cessation des intérêts du jour de la *réalisation* », c'est-à-dire du jour du *dépôt,* ainsi que l'a expliqué très positivement Tarrible. Cette déclaration catégorique du rapporteur de la loi ne permet pas, ce semble, d'équivoquer sur le sens du mot *réalisation,* et de soutenir, comme on l'a fait, que la loi prend ici ce mot dans le sens spécial que lui donnait la jurisprudence du châtelet de Paris, comme désignant la *réitération des offres faite à l'audience.* D'autant plus qu'on se trouverait ainsi conduit à reconnaître que le code de procédure a modifié sur ce point le code civil; or le rapporteur de la loi a encore affirmé positivement le contraire.

1069. L'acquisition de la propriété supposant la volonté d'acquérir, il en résulte, nous l'avons déjà dit, que les offres réelles et la consignation ne suffisent pas pour transférer la propriété au créancier; car, si elles impliquent une volonté de sa part, c'est plutôt celle de ne pas devenir propriétaire de la chose consignée; or *dominium invito non acquiritur.* Le créancier ne deviendra propriétaire de la chose consignée que lorsqu'il pourra être considéré comme ayant eu la volonté de le devenir, c'est-à-dire, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, à dater du jour où la consignation sera acceptée par lui ou réputée telle. Jusque-là le débiteur conservera la propriété de la chose consignée, à supposer qu'elle lui appartînt avant cette époque. L'art. 1261 tire une conséquence importante de ce principe : « *Tant que la consignation n'a* » *point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer; et s'il* » *la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés* ». Voyez aussi l'avis du conseil d'Etat du 16 mai 1810, aux termes duquel le receveur de la caisse, où la consignation a été faite, est tenu de rendre la somme consignée au débiteur qui en réclame la restitution, toutes les fois qu'il n'existe aucune acceptation ou opposition dûment signifiée.

On voit que la libération du débiteur qui a consigné n'est que conditionnelle; elle est subordonnée à cette condition, qu'il ne retirera pas sa consignation; s'il la retire, la dette est considérée comme n'ayant jamais été éteinte, et par suite l'engagement des codébiteurs ou des cautions subsiste.

Nous avons dit par anticipation que, lorsque le créancier a accepté la consignation, il en devient propriétaire. La dette est alors définitivement éteinte, comme elle le serait par un paiement fait directement

entre les mains du créancier. Par suite les codébiteurs et les cautions sont définitivement libérés; ils n'ont plus à craindre, comme dans l'hypothèse précédente, de voir leur engagement revivre par un retrait de la consignation. D'autre part, tous les accessoires de la dette, tels que privilèges ou hypothèques, sont définitivement éteints.

A l'acceptation du créancier, la loi assimile, en vertu de la règle *Judiciis quasi contrahimus,* la quasi-acceptation résultant d'un jugement passé en force de chose jugée, qui déclare la consignation bonne et valable : ici encore l'obligation sera donc définitivement éteinte avec tous ses accessoires.

1070. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur ne peut certainement plus retirer sa consignation sans le consentement du créancier; car il a perdu tout droit sur la chose consignée. En fait cependant, le débiteur peut éluder cette règle, tant que l'acceptation du créancier ou le jugement qui déclare la consignation bonne et valable n'ont pas été notifiés au receveur de la caisse où la consignation a été faite. Le créancier a donc intérêt à faire cette notification pour rendre la consignation irrévocable en fait comme elle l'est en droit. Toutefois, la volonté des parties étant souveraine, tant qu'elles ne veulent rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il est certain que le créancier pourrait, renonçant au droit que son acceptation lui a fait acquérir sur la chose consignée, consentir à ce que le débiteur retire sa consignation; car rien n'empêche le créancier de se dessaisir du droit qui lui est désormais acquis sur la chose consignée, et pourquoi ne pourrait-il pas le faire au profit du débiteur qui a fait la consignation, aussi bien qu'au profit de tout autre? Mais, qu'on le remarque bien, le retrait ainsi opéré ne fera pas revivre la dette que la consignation a définitivement éteinte, ni par suite l'engagement des codébiteurs ou des cautions et les autres accessoires de la dette, tels que privilèges ou hypothèques. Seulement le retrait, en supposant que le créancier ne l'ait pas autorisé *donationis causa,* pourra faire naître, à la charge du débiteur qui l'effectue, une nouvelle dette, pour laquelle il sera libre au créancier de stipuler telles garanties qu'il jugera convenable. Ce seront des garanties nouvelles; car les anciennes sont définitivement éteintes, comme la dette à laquelle elles étaient attachées, et il n'est pas au pouvoir des parties de les faire revivre. Ainsi notamment, si la dette, définitivement éteinte par la consignation, était garantie par une hypothèque, le créancier pourra bien stipuler, pour la nouvelle créance que fait naître à son profit le retrait de la consignation, une nouvelle hypothèque; mais elle ne prendra rang qu'à dater de son inscription, sans qu'il soit possible aux parties de lui assigner, au préjudice des autres créanciers inscrits sur l'immeuble, le rang qu'avait la première hypothèque.

Nous venons d'analyser les art. 1262 et 1263, ainsi conçus :

Art. 1262. *Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.*

Art. 1263. *Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus pour le paiement de sa créance exercer les privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés : il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter l'hypothèque.*

N° 3. Frais des offres réelles et de la consignation.

1071. « *Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la* » *charge du créancier, si elles sont valables* » (art. 1260).

Il est de toute justice que les frais des offres réelles et de la consignation soient à la charge de celui par la faute duquel ils ont été occasionnés.

§ V. *De la cession de biens.*

1072. « *La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous* » *ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses* » *dettes* » (art. 1265).

L'abandon dans lequel consiste la cession de biens, n'est pas un abandon de la propriété, mais seulement de la possession des biens, ainsi qu'on le verra tout à l'heure. Le débiteur demeure propriétaire de ses biens ; seulement l'abandon qu'il en fait à ses créanciers les autorise à les faire vendre pour se payer sur le prix.

« *La cession de biens est volontaire ou judiciaire* » (art. 1266). Nous allons traiter successivement de ces deux espèces de cession.

N° 1. De la cession volontaire.

1073. « *La cession de biens volontaire est celle que les créanciers ac-* » *ceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipu-* » *lations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur* » (art. 1267).

On donne quelquefois à la cession volontaire le nom d'*abandonnement*. La cession volontaire est le résultat d'une convention librement discutée entre le débiteur et ses créanciers ; tout dépend donc de la volonté des parties, qui peuvent en régler les effets comme elles l'entendent. Comme toute autre convention, elle ne produit d'effet qu'entre les parties contractantes ; ceux des créanciers qui y seraient demeurés étrangers ne pourraient donc pas l'invoquer, de même qu'on ne pourrait pas la leur opposer (arg. art. 1165). Ordinairement, par la cession volontaire, le débiteur abandonne tous ses biens à ses créanciers, en leur conférant le mandat irrévocable de les vendre ou faire vendre, en vue de se payer sur le prix suivant leurs droits respectifs. On évite ainsi les frais d'une expropriation forcée, qui diminueraient d'autant le gage commun des créanciers, et de plus on peut espérer que les biens seront vendus dans de meilleures conditions.

Le débiteur qui fait cession de ses biens à ses créanciers, ne leur en abandonne que la *possession* pour qu'ils puissent les réaliser et se payer sur le prix. S'il leur en abandonnait la propriété, il y aurait dation en paiement, *datio in solutum*. Les lois fiscales ont tenu compte de cette différence capitale entre la cession de biens et la dation en paiement. La première, qui ne transfère que la possession des biens n'est sou-

mise qu'au droit fixe de 5 francs (loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 4-1°); tandis que la dation en paiement, qui contient une aliénation, est soumise au droit proportionnel qui frappe toutes les mutations (même loi, art. 69, § 5-1° et 7-1°).

Le débiteur conservant la propriété des biens qu'il a abandonnés à ses créanciers par la cession volontaire, il en résulte : 1° qu'il peut, jusqu'à la vente, les reprendre, à la charge de payer toutes ses dettes; il faut supposer pour cela que quelque événement inattendu soit venu remettre le débiteur à la tête de ses affaires : ce qui arriverait par exemple si une riche succession lui était échue; 2° que si, par impossible, la vente des biens du débiteur produit une somme supérieure à celle qui est nécessaire pour acquitter toutes ses dettes, l'excédent lui appartient.

La question de savoir si les créanciers, après avoir vendu tous les biens du débiteur qui leur en a fait cession volontaire, conservent le droit d'agir, pour ce qui leur reste encore dû, sur les nouveaux biens que le débiteur pourra acquérir, dépend des termes du contrat d'abandonnement. Dans le silence du contrat, il semble que les créanciers doivent conserver leur recours.

1074. Il ne faut pas, répètent les auteurs après Toullier, confondre avec la cession volontaire ou contrat d'*abandonnement* le contrat d'*atermoiement,* par lequel les créanciers accordent au débiteur des délais pour se libérer. La recommandation paraît presque inutile, tant ces deux choses se ressemblent peu.

N° 2. De la cession judiciaire.

1075. La cession judiciaire est appelée aussi cession *forcée,* parce que, à la différence de la cession volontaire, elle peut être imposée aux créanciers.

On lit dans l'art. 1268 : « *La cession judiciaire est un bénéfice que la* » *loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est per-* » *mis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon* » *de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation con-* » *traire* ».

Trois conditions sont donc requises pour qu'il puisse y avoir lieu à la cession judiciaire :

1° Que le débiteur soit malheureux ;

2° Qu'il soit de bonne foi; la loi ne pouvait venir au secours du débiteur qui s'est rendu coupable de fraude envers ses créanciers;

3° Qu'il soit contraignable par corps; car c'est précisément pour se soustraire à cette voie rigoureuse d'exécution, qui consiste dans un emprisonnement, que la loi l'autorise à céder judiciairement tous ses biens à ses créanciers.

1076. Aux termes de l'art. 1 de la loi du 22 juillet 1867 : « La con-
» trainte par corps est supprimée en matière commerciale, civile et con-
» tre les étrangers » ; et l'art. 2 porte : « Elle est maintenue en matière
» criminelle, correctionnelle et de simple police ». Il résulte de ces dispositions que la cession judiciaire se trouve aujourd'hui réduite à une existence à peu près nominale dans notre loi. En effet les débiteurs malheureux et de bonne foi ne seront presque jamais contraignables par corps, et les débiteurs contraignables par corps ne pourront presque jamais être considérés comme étant malheureux et surtout de bonne foi, puisque la dette à raison de laquelle ils sont contraints par corps a nécessairement sa cause dans un fait délictueux.

On peut supposer cependant que l'auteur d'un homicide par imprudence ou même d'une simple contravention, subisse à raison de ces faits, outre une condamnation pénale, une condamnation à des dommages et intérêts considérables. De ce chef il sera contraignable par corps (loi précitée, art. 2 et 5). Certes il ne sera pas impossible dans cette hypothèse que le débiteur soit considéré comme étant malheureux et de bonne foi : auquel cas, si ses biens ne suffisent pas pour payer toutes ses dettes, il pourra être admis au bénéfice de la cession judiciaire pour échapper à la contrainte par corps.

1077. Les effets de la cession judiciaire sont réglés par les art. 1269 et 1270, ainsi conçus :

Art. 1269. *La cession judiciaire ne confère point la propriété aux créanciers ; elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente.*

Art. 1270. *Les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi. — Elle opère la décharge de la contrainte par corps. — Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés ; et dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait paiement. — Junge* C. pr. art. 905.

SECTION II

DE LA NOVATION

1078. « La novation, dit Pothier, est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne ». L'ancienne obligation est *éteinte* (aussi la novation figure-t-elle parmi les modes d'extinction des obligations), mais elle est remplacée par une obligation *nouvelle ;* d'où le nom de *novation. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione,* dit la loi 1, *pr.*, D., *De nov. et deleg.*, XLVI, 2. Ainsi je vous dois 100 hectolitres de froment ; nous convenons ensemble que je vous devrai désormais à la place une somme de 2,000 fr. Il y a novation : mon ancienne dette est éteinte, et elle est remplacée par une nouvelle ; ce n'est plus du froment que je vous dois, mais de l'argent ; ma nouvelle obligation

est toute différente de l'ancienne qu'elle remplace, puisqu'elle a un autre objet.

Pour qu'il y ait novation, il ne suffit pas que l'obligation soit *modifiée*, il faut qu'elle soit *transformée*. Ainsi il n'y a pas novation, si le créancier se borne à stipuler de son débiteur une hypothèque ou un gage, ou si, en sens inverse, il renonce à une garantie attachée à sa créance. Ce sont là des accidents, des nuances qui n'empêchent pas, au fond, l'obligation d'être toujours la même. Cass., 8 novembre 1875, Sir., 76. 1. 102.

I. *Des diverses espèces de novation.*

1079. Aux termes de l'art. 1271 : « *La novation s'opère de trois* » *manières :* 1° *Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une* » *nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;* — » 2° *Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé* » *par le créancier ;* — 3° *Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un* » *nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se* » *trouve déchargé* ».

Il y a donc, d'après ce texte, trois espèces de novation, savoir : la novation par changement de dette, la novation par changement de débiteur et la novation par changement de créancier.

1080. I. Il y a novation par changement de dette, lorsque le même débiteur contracte envers le même créancier un nouvel engagement, moyennant lequel le créancier le tient quitte de l'ancien : comme si, vous devant une barrique de vin, je conviens avec vous que je vous devrai à la place une somme de 300 fr. ; ou si, vous devant 1,000 fr. en qualité de locataire de votre maison, je conviens avec vous que je les garderai à titre de prêt ; ma dette, qui était auparavant celle d'un locataire, est devenue celle d'un emprunteur ; c'est une obligation toute différente : la première était garantie par un privilège (art. 2102-1°), qui fera défaut à la seconde.

On voit que, dans cette première espèce de novation, le créancier et le débiteur restent les mêmes, la dette seule est changée, et ordinairement le changement porte sur l'objet de l'obligation ; aussi désigne-t-on quelquefois dans la doctrine la novation dont il s'agit sous le nom de novation *objective*. Au contraire, dans les deux autres cas de novation dont il nous reste encore à parler, le changement porte sur l'un des *sujets* de l'obligation, soit le sujet actif, créancier, soit le sujet passif, débiteur : ce qui fait qu'on les désigne sous la dénomination commune de novation *subjective*.

1081. II. Il y a novation par changement de débiteur, lorsqu'un nouveau débiteur vient s'engager envers le créancier, qui l'accepte à la place de l'ancien en déchargeant celui-ci. Le créancier et la chose due restent donc les mêmes, le débiteur seul est changé.

On distingue deux variétés de novation par changement de débiteur, la *délégation* et l'*expromission*.

a. — Il y a délégation, lorsque le nouveau débiteur, qui vient s'enga-

ger envers le créancier, est *délégué*; c'est-à-dire procuré par l'ancien; c'est donc l'ancien débiteur qui prend l'initiative de la délégation, à la différence de ce qui a lieu, comme nous allons le dire dans un instant pour l'expromission. Ainsi je vous dois 1,000 fr.; je vous présente Paul qui consent à se charger de ma dette, et je vous propose de l'agréer comme débiteur à ma place en me déchargeant; vous acceptez. Il y a *délégation;* ma dette envers vous est éteinte par une novation. Nous reviendrons plus tard sur la délégation, imitant Pothier qui lui a consacré un article spécial du chapitre dans lequel il traite de la novation.

b. — Si au contraire le nouveau débiteur qui vient prendre la place de l'ancien n'agit pas sur la prière de celui-ci, à son instigation, s'il agit spontanément ou sur l'initiative d'un tiers, c'est le cas de l'*expromission.* Ainsi un de mes amis vous doit 1,000 fr.; il est peu solvable, et je sais que vous vous proposez d'exercer à l'échéance des poursuites rigoureuses contre lui; je viens vous offrir *spontanément* de m'engager envers vous en son lieu et place, à la condition que vous le déchargiez; vous acceptez. Il y a *expromission.*

On voit que le consentement de l'ancien débiteur n'est pas nécessaire pour la validité de l'expromission, et au surplus la loi le dit en toutes lettres dans l'art. 1274 : « *La novation par la substitution d'un nouveau* » *débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier débiteur* ». C'est une conséquence logique du principe consacré par l'art. 1236 al. 2, qui autorise un tiers à payer à la place du débiteur sans le consentement de celui-ci; et en effet, qu'importe qu'un tiers libère le débiteur en payant ou en s'obligeant à sa place ? La même solution était admise en droit romain. *Liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim,* dit la loi 8 § 5. D., *De nov. et deleg.*, XLVI, 2.

Il ne faut pas confondre l'expromission avec le cautionnement. L'expromission libère le débiteur en lui substituant une autre personne : il est déchargé, le créancier ne peut donc plus rien lui demander. Au contraire, le cautionnement laisse subsister l'obligation du débiteur cautionné, de sorte que le créancier a désormais deux débiteurs au lieu d'un; l'obligation du débiteur est doublée de celle de la caution : loin de renoncer à son ancien débiteur, le créancier obtient qu'un autre lui soit adjoint, de sorte que son obligation est fortifiée au lieu d'être éteinte.

1082. III. Il y a novation par changement de créancier, lorsque le débiteur se libère envers son créancier en s'engageant envers une autre personne que celui-ci lui désigne. Le débiteur et la chose due restent les mêmes, le créancier seul est changé. Ainsi je vous dois 1,000 fr.; sur votre ordre je m'engage à payer cette somme à Paul, auquel vous voulez par exemple faire une donation; ma dette envers vous est éteinte, et elle est remplacée par une dette de la même somme que je contracte envers Paul.

La novation par changement de créancier suppose la *substitution* d'un nouveau créancier à l'ancien ; l'ancien créancier perd ses droits, le nouveau les acquiert. Il ne faudrait donc pas voir une novation par changement de créancier dans « *la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui* » (art. 1277 al. 2). La personne ainsi désignée toucherait, non pour son compte, mais pour celui du créancier dont elle est le mandataire.

La novation par changement de créancier ressemble beaucoup à la cession de créance ; elle en diffère principalement en ce qu'elle éteint l'ancienne créance et avec elle tous ses accessoires, tandis que la cession transporte le tout au cessionnaire. Notons encore que la novation par changement de créancier suppose nécessairement, à la différence de la cession de créance, le consentement du débiteur.

1083. Les diverses espèces de novation que nous venons d'indiquer peuvent se combiner les unes avec les autres : ainsi il peut y avoir novation par changement d'objet et par changement de créancier tout à la fois, par exemple si je conviens avec vous qu'à la place des 100 hectolitres de froment que vous me devez, vous paierez 2,000 fr. à Paul, auquel je dois cette somme et qui moyennant cet engagement consent à me libérer.

II. *Conditions générales requises pour que la novation s'opère.*

1084. I. La novation, nous l'avons dit, est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne. Toute novation suppose donc nécessairement deux obligations : une que la novation doit éteindre, et une autre qu'elle doit substituer à la première. En un mot, la novation consiste dans l'extinction d'une obligation et dans la création d'une autre destinée à la remplacer. Mais ces deux opérations ne sont pas indépendantes l'une de l'autre, de telle sorte qu'elles pourraient être envisagées séparément. L'une est la contre-partie de l'autre ; elles sont liées ensemble par le lien qui unit la cause à l'effet : l'extinction de la première obligation est la cause de la création de la seconde, et réciproquement la création de la seconde est la cause de l'extinction de la première. Ce sont donc deux parties solidaires d'un même système, de sorte que la rupture de l'une d'entre elles entraîne celle du système tout entier.

1085. De là résultent entre autres les conséquences suivantes :

1° Si l'une des deux obligations, dont la novation suppose nécessairement l'existence, est *inexistante*, la novation ne pourra pas se former. Ainsi une obligation dont la cause est illicite (art. 1131) ne peut pas être novée par une obligation valable ; réciproquement une obligation valable ne peut pas être novée par une obligation dont la cause est illicite. L'opération tout entière croule par suite de l'absence d'un des deux éléments essentiels à son existence ; il n'y a rien de fait, les choses restent en l'état, *in statu quo*.

* Que décider, si une des obligations formant l'un des deux termes de la novation est seulement annulable et non pas inexistante, par exemple si la nouvelle obligation substituée à l'ancienne a été contractée par un mineur ou par une femme mariée non autorisée ? En principe, nous pensons que la novation devra être décla-

rée non avenue, si plus tard l'obligation annulable est annulée; car cette obligation sera alors considérée comme n'ayant jamais eu d'existence légale : ce qui nous fait retomber dans l'hypothèse précédente. Et cependant cette solution ne saurait être acceptée sans restrictions : notamment il se peut que les parties, estimant l'obligation annulable pour ce qu'elle vaut en réalité eu égard aux chances d'annulation dont elle est menacée, l'aient fait figurer dans la novation, abstraction faite de la question de savoir si elle serait plus tard annulée ou maintenue. La novation aurait alors, en vertu de la volonté même des parties contractantes, un caractère aléatoire, et demeurerait valable quand même l'obligation serait plus tard annulée. Ainsi j'ai un débiteur très peu solvable; son neveu, qui est riche, offre de se substituer à lui, de s'obliger à sa place mais à la condition que je décharge mon ancien débiteur; ce neveu, nous le supposons, est mineur; néanmoins j'accepte sa proposition, pensant qu'il vaut mieux encore avoir une créance annulable contre un débiteur solvable que d'avoir une créance non susceptible d'être annulée contre un débiteur insolvable ou à peu près tel. En un mot, à la créance que je possède contre un débiteur dont j'ai la certitude de ne pouvoir obtenir que dix pour cent par exemple et peut-être moins, je préfère une créance contre son neveu mineur, créance dont j'obtiendrai le paiement intégral, si le mineur ne demande pas plus tard la nullité de son engagement, et dont je ne serai aucunement payé dans le cas contraire; c'est une chance à courir, mais je la préfère aux chances autrement désastreuses que je cours en conservant mon ancienne créance. S'il est démontré que telle a été la volonté des contractants, la novation sera indépendante des événements ultérieurs; elle tiendra alors même que le mineur ferait plus tard annuler son obligation. Cette éventualité se réalisant, on ne pourra pas dire que l'extinction de la première obligation est sans cause, et par suite la novation nulle; car nous avons entendu substituer une chance à un droit; la chance a mal tourné pour moi, voilà tout.

2° Si l'une des obligations qui figurent dans la novation est conditionnelle, la novation est conditionnelle elle-même, en ce sens que, si, par l'effet de la condition accomplie ou défaillie, l'une des obligations se trouve n'avoir jamais eu d'existence légale (art. 1179), la novation sera considérée comme non avenue. Ainsi j'ai promis de donner 100.000 fr. à ma nièce, *si je gagne un lot de* 200.000 *fr. au tirage des obligations de la ville de Paris* 1869; je conviens avec elle qu'à la place de ces 100,000 fr. je lui donnerai ma maison, qui vaut à peu près cette somme. C'est une novation par changement d'objet dans la dette; mais elle est conditionnelle : je ne devrai la maison que si je gagne le lot de 200,000 fr.; si la condition défaillit, c'est-à-dire si le dernier tirage se fait sans que j'aie rien gagné, la novation sera considérée comme n'ayant jamais eu lieu.

* Ici toutefois, il faut encore excepter le cas où les parties auraient entendu faire une convention aléatoire, en substituant définitivement par la novation une dette conditionnelle à une dette pure et simple, ou réciproquement; alors la novation serait immédiatement parfaite et indépendante des événements ultérieurs. Ainsi on comprend fort bien par exemple que je m'oblige à payer purement et simplement 10,000 fr. à la place d'une maison que je dois sous condition et qui vaut 100,000 fr.; les parties peuvent préférer une situation certaine à l'incertitude résultant de la condition, et vouloir remplacer la chance d'un gros bénéfice ou d'une grosse perte par la certitude d'un bénéfice modeste ou d'une perte limitée.

1086. II. La novation, étant une cause d'extinction des obligations, implique nécessairement de la part du créancier qui y consent une renonciation à sa créance : il l'aliène, ou mieux il l'abdique, pour en acquérir une autre à la place. De là résultent deux conséquences :

1° Il faut que le créancier qui fait novation ait la capacité requise pour renoncer à sa créance, pour en disposer. C'est sans doute cette idée qu'a voulu principalement exprimer l'art. 1272, lorsqu'il dit : « *La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contrac-* » *ter* ».

Pour pouvoir valablement nover une créance, il ne suffit donc pas, comme dans notre ancien droit, d'avoir la capacité requise pour en recevoir le paiement; car autre chose est toucher une créance, autre chose la nover. On doit décider, par application de ce principe, qu'un créancier solidaire ne peut pas valablement nover la créance sans le concours des autres, bien qu'il ait capacité pour en recevoir le paiement.

2° La renonciation à un droit ne se présumant pas, *renuntiatio non præsumitur,* il s'ensuit que la novation ne peut résulter que d'une volonté certaine et clairement manifestée. « *La novation ne se présume* » *point* », dit l'art. 1273, « *il faut que la volonté de l'opérer résulte* » *clairement de l'acte* ».

Par application de ce principe, la jurisprudence décide avec raison que l'acceptation par un créancier de billets souscrits par son débiteur en paiement de sa dette, n'emporte pas novation. Cass., 5 août 1878, Sir., 79. 1. 301. Ainsi l'acheteur d'un immeuble souscrit au profit de son vendeur des billets pour le paiement de son prix; il n'y a pas novation. La solution contraire aurait pour résultat d'éteindre le privilège du vendeur et de faire cesser le cours des intérêts : ce qui serait certainement contraire à l'intention des parties.

En disant que la novation doit résulter clairement de l'*acte,* la loi entend-elle dire que la volonté de nover doit nécessairement être constatée par écrit? Nous ne le pensons pas : ce serait faire de la novation un contrat solennel, et on ne verrait pas la raison d'être d'une semblable disposition. Le mot *acte* nous semble pris ici, non dans le sens d'*instrumentum,* mais comme désignant *id quod actum est,* c'est-à-dire le *negotium juridicum* qui est intervenu, la convention en un mot. La loi veut donc dire que l'intention de nover doit résulter clairement de la convention. Il n'est même pas nécessaire que la volonté de nover soit *exprimée,* il suffit qu'elle soit certaine, et elle peut avoir ce caractère bien qu'elle ne soit manifestée que tacitement.

Maintenant comment l'intention de nover devra-t-elle être prouvée? La loi nous paraît ne pas s'être préoccupée ici de régler ce point; il y aura donc lieu d'appliquer le droit commun : ce qui conduit à dire que la preuve testimoniale et même les simples présomptions seront admissibles, s'il s'agit de moins de 150 fr. ou s'il y a commencement de preuve par écrit. Il ne faudrait pas objecter que la loi proscrit la preuve par simples présomptions, quand elle dit : *La novation ne se* PRÉSUME *point;* il nous paraît certain que ces mots ont le même sens que la formule équivalente par laquelle se termine l'art. 1116, et qu'ils signifient purement et simplement que dans le doute la novation ne se *suppose* pas. D'ailleurs le juge du fait est investi d'un pouvoir souverain d'appréciation sur le point de savoir si l'*animus novandi* existe, et sa décision à cet égard échappe au contrôle de la cour suprême. Cass., 25 février 1885, Sir., 85. 1. 493.

Dans un cas particulier cependant, la loi exige, non plus seulement que la volonté de nover soit *clairement* manifestée, mais qu'elle le soit *expressément;* ou, si l'on veut, la loi considère alors la volonté de nover comme n'étant claire, certaine, qu'autant qu'elle est expresse,

c'est-à-dire formulée *expressis verbis*. Le cas auquel nous faisons allusion est celui de la délégation; nous y reviendrons.

III. *Effets de la novation.*

1087. La novation est une cause d'extinction des obligations. L'obligation novée est donc éteinte; elle est éteinte comme elle le serait par un paiement.

En éteignant l'ancienne créance, la novation éteint du même coup ses divers accessoires, tels que privilèges, hypothèques, cautionnement. C'est une conséquence toute simple de la règle *Sublato principali tollitur accessorium.*

1088. La loi permet cependant aux parties, *utilitatis causa,* de rattacher les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle que la novation va lui substituer. C'est ce que dit l'art. 1278, ainsi conçu : « *Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance » ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier » ne les ait expressément réservés* ». Cette réserve doit être contemporaine de la novation; autrement les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance seraient définitivement éteints par la novation, et il ne pourrait plus être question de les faire revivre au profit de la nouvelle.

* L'art. 1278 déroge au droit commun, d'après lequel tous les accessoires de la créance éteinte par la novation devraient définitivement disparaître avec elle. Sa disposition doit donc être interprétée restrictivement; or il n'autorise pas d'une manière générale la réserve de tous les accessoires attachés à l'ancienne créance, mais seulement des *privilèges et hypothèques :* ce qui exclut le cautionnement. *Adde* arg. art. 1281 al. 3. Cette solution, conforme à l'opinion de Pothier, nous paraît d'ailleurs fort rationnelle. La caution a garanti l'exécution d'une obligation déterminée; elle ne peut pas sans son consentement être tenue d'en garantir une autre, d'une nature toute différente peut-être, qu'il plaît aux parties de substituer à la première. Tout ce qui est possible, c'est que la caution s'engage à garantir le nouvel engagement comme elle a garanti l'ancien : ce qui suppose nécessairement un nouveau consentement de sa part.

* En ce qui concerne les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, Pothier décide, et cette solution concorde à merveille avec la précédente, qu'ils ne peuvent être rattachés à la nouvelle qu'avec le consentement de celui à qui appartiennent les biens grevés du privilège ou de l'hypothèque, ordinairement de l'ancien débiteur. Les auteurs enseignent en général que notre législateur s'est séparé sur ce point de son guide habituel. L'art. 1278, dit-on, autorise en termes absolus le créancier à réserver les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance; rien ne donne à entendre que le consentement du propriétaire des biens grevés du privilège ou de l'hypothèque soit nécessaire pour l'efficacité de cette réserve. Que lui importe d'ailleurs ? puisque la réserve ne pourra jamais produire effet que dans les limites de l'ancienne créance, et que par suite la charge ne sera pas augmentée pour lui. — Nous répondons que l'art. 1278 prévoit le cas le plus ordinaire, celui d'une novation à laquelle concourt l'ancien débiteur et qui se fait de son consentement, et par conséquent la réserve dont il parle est une réserve *acceptée par le débiteur* sur les biens

duquel portent les privilèges et hypothèques. Dans un seul cas, la novation peut avoir lieu sans le consentement du débiteur : c'est celui de l'*expromissio*, et il paraît bien être resté en dehors des prévisions de l'art. 1278, puisqu'il rentre dans celles de l'article suivant. D'ailleurs on lit dans l'art. 1280 : « *Lorsque la novation s'opère » entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de » l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte » la nouvelle dette* ». Ainsi le créancier, qui fait novation avec un seul des débiteurs solidaires, ne peut pas, pour la garantie de la nouvelle créance, réserver les privilèges et hypothèques de l'ancienne sur les biens des autres codébiteurs solidaires qui n'ont pas concouru à la novation ; leur consentement est donc nécessaire pour la validité de cette réserve, même dans la mesure de l'ancienne créance. Cela prouve que l'hypothèque ou le privilège, qui garantit une créance, ne peut pas passer à une autre sans le consentement du propriétaire des biens affectés ; le législateur admet ici pour le cautionnement réel la même règle que pour le cautionnement personnel, et on le met en contradiction avec lui-même en lui faisant dire dans l'art. 1278 que les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance peuvent être transportés à la nouvelle sans le consentement du propriétaire de ces biens.

* Nous concluons que notre législateur s'est conformé de tous points dans cette matière à la doctrine de Pothier, et nous ajoutons qu'il a bien fait.

1089. La réserve, que font les parties, des privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, pour les rattacher à la nouvelle, ne peut produire effet à l'égard des tiers que dans la mesure du montant de l'ancienne créance. Ainsi, à une obligation dont la valeur pécuniaire est de 10,000 fr., les parties substituent par la novation une nouvelle obligation dont la valeur se trouve être de 11,000 fr., et elles réservent pour la garantie de cette nouvelle créance l'hypothèque attachée à l'ancienne. Le créancier ne pourra exercer cette hypothèque à l'encontre des tiers, par exemple à l'encontre des autres créanciers hypothécaires postérieurs inscrits sur l'immeuble, que jusqu'à concurrence de 10,000 fr. ; autrement leurs prévisions seraient trompées, car l'inscription ne leur annonçait qu'une hypothèque de 10,000 fr.

Nous trouvons une autre application du principe que la novation ne peut pas porter atteinte aux droits acquis à des tiers dans l'art. 1279, ainsi conçu : « *Lorsque la » novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypo- » thèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau » débiteur* ». Il faut entendre ce texte en ce sens, que, si le nouveau débiteur substitué à l'ancien constitue sur ses biens une hypothèque pour la garantie de son obligation, cette hypothèque ne prendra rang qu'à compter de la date de son inscription ; les parties ne pourraient pas convenir qu'elle aura le rang qui appartenait à l'hypothèque portant sur les biens de l'ancien débiteur ; cette rétroactivité serait susceptible de porter atteinte à des droits acquis à des tiers.

1090. Au point où nous en sommes arrivés, la disposition de l'art. 1281 ne saurait présenter beaucoup de difficultés pour le lecteur ; car il ne contient qu'une application de principes déjà connus : « *Par » la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les » codébiteurs sont libérés. — La novation opérée à l'égard du débiteur » principal libère les cautions. — Néanmoins, si le créancier a exigé,*

» *dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second,* » *celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les* » *cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement* ».

Il résulte de la partie finale de ce texte, nous l'avons déjà noté, que le créancier ne peut pas rattacher à la nouvelle dette les garanties personnelles attachées à l'ancienne, sans le consentement de ceux qui ont fourni ces garanties. Le codébiteur solidaire, qui a contracté une obligation déterminée, ou la caution, qui a garanti cette obligation, ne peuvent pas, sans un acte de leur volonté, se trouver tenus d'une obligation différente. Mais le créancier, qui veut substituer une nouvelle obligation à l'ancienne par le moyen d'une novation faite avec l'un des codébiteurs solidaires ou avec le débiteur principal, peut expliquer qu'il ne consent à la novation qu'autant que les codébiteurs solidaires ou la caution y accèderont. La novation devient alors conditionnelle; elle est subordonnée à l'accession des codébiteurs ou des cautions, et par suite elle ne se produit pas si cette condition vient à défaillir.

IV. *De la délégation.*

1091. Nous avons déjà dit quelques mots de la délégation, et nous avons montré en quoi elle diffère de l'expromission (*supra* n. 1081). Le moment est venu d'approfondir cette matière.

Pothier définit la *délégation* : « une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui, à sa place, s'oblige envers lui ou envers la personne qu'il indique ». *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit,* dit la loi 11, D., *hoc tit.*

La délégation met trois personnes en scène :

1° Le *déléguant,* qui joue le rôle le plus actif dans l'opération, en ce sens qu'il en prend l'initiative; c'est l'ancien débiteur, qui vient proposer au créancier d'accepter à sa place un autre débiteur qu'il lui présente;

2° Le *délégué,* qui joue un rôle passif, en ce sens qu'il défère à une prière ou obéit à un ordre; nous avons nommé le nouveau débiteur qui vient prendre la place de l'ancien;

3° Enfin le *délégataire,* qui est le *bénéficiaire* de l'opération, ou plus exactement peut-être le *destinataire;* car l'opération peut lui être préjudiciable, ainsi que nous le verrons bientôt : c'est le créancier qui change de débiteur.

Le plus ordinairement le délégué est débiteur du déléguant. Ainsi Paul me doit 1,000 fr.; je vous dois moi-même pareille somme; je vous délègue Paul, et vous l'acceptez comme débiteur à ma place. Deux dettes sont ainsi éteintes du même coup, celle de Paul envers moi et la mienne envers vous.

On remarquera que l'opération offre un caractère différent, suivant la face sous laquelle on l'envisage : — A votre égard, il y a novation par changement de débiteur; désormais, c'est Paul qui vous doit à ma place; — A l'égard de Paul, il y a novation par changement de créancier : sa dette est toujours de la même somme, mais au lieu de me devoir il vous doit ; il a donc changé de créancier.

1092. Avec la délégation il ne faut pas confondre la simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place; cette indication laisse intacts les droits du créancier à l'égard de son débiteur; elle n'opère donc aucune novation. On lit à ce sujet dans l'art. 1277 al. 1 : « *La simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation* ».

La délégation elle-même n'opère pas toujours novation, c'est-à-dire extinction de la dette du déléguant envers le délégataire. En effet l'art. 1275 dispose : « *La délégation par laquelle un débiteur donne au » créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère » point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il » entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* ». Ainsi je suis débiteur envers vous d'une rente; je vous délègue un autre débiteur, que vous acceptez et qui s'engage à vous payer la rente en mon lieu et place; pendant plusieurs années, vous recevez de ce débiteur le paiement des arrérages. Serai-je libéré envers vous pour l'avenir? Il semblerait bien que oui; car, d'après les principes généraux, la volonté de nover peut être manifestée tacitement, et dans notre hypothèse cette volonté paraît bien résulter des circonstances de la cause. Mais la loi déroge ici aux principes; elle décide que la volonté de nover, c'est-à-dire de décharger l'ancien débiteur ne pourra résulter que d'une déclaration *expresse* faite par le créancier. Quelle est la raison d'être de cette déviation? « Le législateur, disent MM. Aubry et Rau, a voulu par là couper court à toutes les contestations qu'aurait fait naître la question de savoir si, en acceptant la délégation, le créancier n'a pas virtuellement et nécessairement déchargé le déléguant ». Les mêmes auteurs ajoutent avec raison que, si la loi exige une déclaration expresse de volonté, elle n'exige pas plus ici qu'ailleurs l'emploi de termes sacramentels.

1093. On voit qu'il existe deux espèces de délégation : celle qui décharge l'ancien débiteur (ce résultat ne peut se produire qu'en vertu d'une déclaration expresse de volonté faite par le créancier), et celle qui ne le décharge pas ; le créancier a alors deux débiteurs au lieu d'un, il en acquiert un nouveau sans perdre l'ancien. La première porte dans le langage de la doctrine le nom de *délégation parfaite,* et la deuxième celui de *délégation imparfaite.*

1094. La délégation parfaite laisse au compte du créancier le risque de l'insolvabilité du débiteur délégué; en effet, si le délégué devient insolvable, le créancier ne pourra pas recourir contre le déléguant, qui se trouve déchargé; il perdra donc le montant de sa créance. L'art. 1276, qui pose ce principe, y apporte une double exception : « *Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la*

» *délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient* » *insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou* » *que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture* » *au moment de la délégation* ».

La première exception est indiquée par ces mots : « *à moins que l'*ACTE (entendez la *convention*) n'en contienne une réserve expresse ». Cette réserve n'ayant rien de contraire à l'ordre public, la loi devait nécessairement l'autoriser. Elle a pour résultat de rendre conditionnelle la décharge accordée au déléguant : le créancier a voulu que cette décharge fût considérée comme non avenue, si le nouveau débiteur devient insolvable. Une semblable restriction ne rend pas la décharge illusoire ; en effet le créancier ne peut poursuivre l'ancien débiteur que sous la condition de démontrer l'insolvabilité du nouveau, tandis que, s'il n'avait pas accordé de décharge, il pourrait poursuivre à son choix l'ancien débiteur ou le nouveau.

La deuxième exception a lieu, d'après la partie finale de notre article, lorsque le débiteur délégué était déjà « en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au » moment de la délégation ». La loi suppose sans le dire que le créancier, qui a accordé la décharge à son ancien débiteur, au déléguant, ignorait l'état de faillite ou de déconfiture du nouveau débiteur, du délégué; car, s'il le connaissait, il n'y aurait pas de motif pour lui permettre de revenir sur ce qu'il a fait. Quant au déléguant, qui a proposé le nouveau débiteur, de deux choses l'une : ou il connaissait la situation de celui-ci, et alors il a commis un dol dont la loi ne devait pas lui permettre de profiter; ou il ne la connaissait pas, et alors on peut facilement admettre qu'il a été tacitement entendu entre les parties que la décharge accordée à l'ancien débiteur supposait la solvabilité du nouveau : le déléguant a présenté un débiteur qu'il croyait solvable, et le délégataire l'a accepté comme tel; il est donc sous-entendu que la décharge accordée à l'ancien débiteur est subordonnée à la solvabilité du nouveau. De sorte que, finalement, les deux exceptions formulées par l'art. 1276 ont leur fondement dans la volonté des parties, volonté exprimée dans le premier cas, au moyen d'une réserve formelle, sous-entendue dans le second, sur le fondement d'une réserve tacite.

1095. Il reste à savoir sur quoi porte la réserve expresse ou tacite du créancier. Le mot *réserve* contient en lui-même la réponse : on ne réserve que ce qu'on a; la réserve n'est pas autre chose qu'une modalité de l'abandon d'un droit; elle permet de reprendre dans une hypothèse déterminée le droit dont on se dépouille; dans le cas dont il s'agit, le créancier qui accepte la délégation renonce à son droit contre le déléguant, mais en se réservant expressément ou tacitement la faculté de le reprendre si le délégué devient insolvable. Ce que le créancier reprendra, le cas échéant, c'est donc l'action qu'il avait contre le déléguant, et par conséquent il exercera cette action avec les privilèges et hypothèques qui y sont attachés.

On objecte que la loi parle d'un *recours* contre le déléguant, au cas d'insolvabilité du délégué; ce mot indique, dit-on, que le délégataire agit contre le déléguant par une action en garantie, donc par une action purement personnelle. Nous répondons que le sens du mot *recours* est équivoque, tandis que celui du mot *réserve,* que la loi emploie aussi dans le même article, ne l'est pas. Aussi ne conteste-t-on guère que le créancier puisse exercer son ancienne action, quand il y a de sa part une réserve expresse. Mais alors pourquoi ne pourrait-il pas exercer également cette même action dans le deuxième cas prévu par l'art. 1276, qui en définitive constitue, comme nous l'avons vu, une réserve tacite?

SECTION III

DE LA REMISE DE LA DETTE

I. *Généralités.*

1096. Le législateur ne s'occupe pas ici de la remise qui peut être accordée à un failli sous forme de concordat; elle a ceci de particulier qu'elle peut être imposée par la majorité des créanciers à la minorité, de sorte que la remise est forcée pour les créanciers qui font partie de la minorité. Le code civil ne s'occupe que de la remise *volontaire*.

La remise de la dette est la renonciation gratuite, faite par un créancier, en faveur de son débiteur, au droit d'exiger en tout ou en partie le paiement de sa créance.

Nous disons la renonciation *gratuite*. En effet, si, en renonçant à son droit, le créancier en reçoit l'équivalent sous une autre forme, alors il n'y a plus à proprement parler remise de la dette. Ainsi le créancier d'une somme de 2,000 fr. donne quittance à son débiteur moyennant le paiement que lui fait celui-ci de 100 hectolitres de froment; il y a dation en paiement, et non remise de la dette. Ou bien le créancier d'une somme d'argent consent à libérer son débiteur moyennant l'engagement que prend une autre personne de payer à sa place; c'est le cas de la novation par changement de débiteur, et non celui de la remise de la dette. Toutefois, si ce que le créancier reçoit ou stipule n'est pas la contre-valeur exacte de ce qui lui est dû, il peut y avoir remise partielle de la dette. Ainsi le créancier d'une somme de 500 fr., qui, pour gratifier son débiteur, consent à lui donner quittance intégrale moyennant le paiement d'une barrique de vin valant 300 fr., lui fait évidemment remise de sa dette jusqu'à concurrence de 200 fr.

La remise de la dette n'est pas une abdication pure et simple, que le créancier fait de son droit parce qu'il n'en veut plus; c'est une faveur qu'il entend accorder à son débiteur, une libéralité qu'il veut lui faire, une donation, disons le mot; car le créancier s'appauvrit d'une valeur égale au montant de la créance dont il fait l'abandon, et le débiteur s'enrichit d'autant.

1097. Du principe que la remise de la dette est une donation, il résulte qu'elle est soumise à toutes les règles de fond qui régissent les donations. C'est ainsi notamment que l'avantage résultant d'une remise de dette serait soumis, le cas échéant, au rapport ou à la réduction, et révocable pour les diverses causes qui entraînent la révocation des donations. Il y aurait lieu d'appliquer également à la remise de la dette les règles générales sur la capacité de disposer et de recevoir. Ainsi un créancier mineur de seize ans ne peut pas valablement faire une remise de dette (arg. art. 903); de même, un père adultérin ou incestueux ne peut pas valablement faire une remise de dette au profit de

son enfant, si l'avantage résultant de cette remise dépasse les limites d'une disposition alimentaire (arg. art. 762 et 908).

Il semblerait devoir résulter aussi de notre principe que la remise de la dette est soumise aux conditions de *forme* des donations, qu'elle ne peut être valable qu'à la condition d'être faite dans les formes solennelles prescrites pour les dispositions à titre gratuit. Mais notre législateur n'a pas admis cette deuxième conséquence, ou du moins il ne l'a admise qu'en partie. A cet égard, il y a lieu de distinguer. — La remise de la dette est-elle faite *mortis causa,* constitue-t-elle une donation testamentaire? Elle ne sera valable qu'à la condition d'être contenue dans un testament fait selon les formes prescrites par la loi; le droit commun s'applique ici par cela seul que le législateur n'y a pas dérogé. — Il en est autrement, si la remise de la dette est faite *inter vivos,* si elle constitue une donation entre vifs; alors, par une exception remarquable aux règles du droit commun, elle n'est pas soumise aux règles de forme qui régissent les donations ordinaires (art. 931 et s.). On en trouve la preuve irrécusable dans les art. 1282 et 1283, d'après lesquels la remise de la dette peut être tacite, c'est-à-dire résulter de certains faits accomplis par le créancier et prouvant son intention de renoncer à son droit. Donner effet à une volonté manifestée tacitement, c'est dire implicitement que l'expression de cette volonté n'est soumise à aucune condition particulière de forme; car la manifestation tacite implique l'absence de toute forme. La remise de la dette entre vifs pourra donc être valablement faite par acte sous seing privé et même par simple déclaration verbale, sauf les difficultés de la preuve. Et si le donateur (le créancier) est ici dispensé de la nécessité de manifester solennellement sa volonté suivant les formes ordinaires, à plus forte raison le donataire (le débiteur) est-il dispensé de la solennité de l'acceptation. Nous disons *de la solennité* de l'acceptation, mais non de l'acceptation elle-même; car la remise de la dette effectuée entre vifs est un abandon conventionnel fait par le créancier de son droit de créance; or toute convention implique le consentement des deux parties. Tant que le débiteur n'a pas accepté la remise proposée par le créancier, il n'y a de la part de celui-ci qu'une simple pollicitation qu'il peut retirer. Sur le point de savoir à dater de quel moment l'acceptation faite par le débiteur lie le créancier, voyez *supra* n. n. 797 et 797 *bis*.

1098. Ainsi, en résumé, la remise de la dette est une disposition à titre gratuit, et comme telle elle demeure soumise à toutes les règles de fond qui régissent les donations. Mais, par une exception remarquable aux principes du droit commun, fondée sans doute sur le désir de favoriser la libération des débiteurs, le législateur dispense la

remise de la dette, lorsqu'elle constitue une disposition entre vifs, des formes solennelles prescrites pour la validité des donations ordinaires. Le droit commun reprend son empire, si la remise de la dette constitue une disposition testamentaire, en ce sens qu'elle n'est valable qu'à la condition d'être faite par un testament régulier dans la forme.

II. *Présomptions légales de libération.*

1099. On lit dans l'art. 1282 : « *La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération* ». Et l'art. 1283 ajoute : « *La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire* ».

Ces textes prévoient deux cas bien distincts :

a. — L'art. 1282 suppose qu'une dette est constatée par un acte sous signature privée : il s'agit par exemple d'une dette née d'un prêt, pour laquelle le prêteur s'est contenté d'une simple reconnaissance écrite et signée de la main de l'emprunteur. Le créancier *remet* volontairement son titre au débiteur, il s'en dessaisit spontanément au profit de celui-ci. La loi en induit que le débiteur est libéré; elle établit à son profit une présomption légale de libération. Présomption très rationnelle! Le créancier n'avait pas entre les mains d'autre moyen de prouver sa créance que l'acte sous seing privé dont il vient de se dessaisir. S'il l'abandonne, c'est sans doute qu'il n'en a plus besoin, et, s'il n'en a plus besoin, ce ne peut être que parce qu'il a été payé ou parce qu'il renonce au droit de l'être. L'abandon volontaire, que le créancier fait de son titre, indique donc nécessairement un paiement ou une remise de la dette; or l'un comme l'autre entraîne la libération du débiteur, et la présomption établie par l'art. 1282 se trouve ainsi pleinement justifiée.

b. — L'art. 1283 prévoit une hypothèse un peu différente. Il s'agit d'une dette constatée par un acte authentique; le créancier remet volontairement au débiteur la *grosse* du titre; nous savons qu'on désigne sous ce nom une expédition revêtue du mandement d'exécution; en principe il ne doit en être délivré qu'une seule au créancier. De ce fait que le créancier s'est volontairement dessaisi de la grosse de son titre, la loi induit encore par voie de présomption que le débiteur est libéré.

Il est manifeste toutefois que l'induction à tirer de la remise volontaire de la grosse du titre constatant la créance, est moins puissante que celle fournie par la remise volontaire du titre original sous signature privée. En effet le créancier qui se dessaisit de la grosse de son titre, ne se met pas pour cela dans l'impossibilité de prouver sa

créance : l'original du titre est entre les mains d'un dépositaire public (greffier ou notaire), et le créancier peut s'en procurer autant d'expéditions qu'il le juge à propos ; il peut même dans certains cas se faire délivrer une nouvelle grosse. Au contraire le créancier, qui s'est dessaisi de l'acte original sous signature privée constatant son droit, s'est complètement désarmé ; l'abandon qu'il fait est donc beaucoup plus significatif. La loi ne pouvait pas négliger de tenir compte de cette nuance, et elle l'a parfaitement soulignée dans les art. 1282 et 1283. Dans l'un comme dans l'autre cas, elle présume *la libération* du débiteur, c'est-à-dire, ainsi que l'explique l'art. 1283, *la remise de la dette ou le paiement.* Mais, dans le premier, celui de la remise du titre original sous signature privée, sa présomption est irréfragable, non susceptible d'être combattue par la preuve contraire : ce que la loi exprime par ces mots *fait preuve de la libération* (art. 1282) ; tandis que dans le second elle réserve formellement la preuve contraire (art. 1283). Le créancier serait donc admis dans cette hypothèse à prouver que la présomption de la loi est en défaut, à établir que le débiteur n'est pas libéré, qu'il n'y a eu ni remise de la dette, ni paiement.

1100. En résumé, la remise volontaire, faite par le créancier au débiteur, soit du titre original sous signature privée qui constate sa créance, hypothèse prévue par l'art. 1282, soit de la grosse du titre (art. 1283), fait naître au profit du débiteur une présomption légale de *libération :* la loi présume qu'il y a eu paiement ou remise de la dette. Mais la première présomption, celle résultant de la remise du titre original sous signature privée, est du nombre de celles que les commentateurs appellent *juris et de jure,* c'est-à-dire qu'elle n'est pas susceptible d'être renversée par la preuve contraire ; tandis que la seconde, celle qui résulte de la remise volontaire de la grosse du titre, n'est qu'une présomption *juris tantum :* ce qui signifie qu'elle peut être combattue et détruite par la preuve contraire.

1101. Il y a des actes notariés qui sont rédigés en brevet. Le notaire, en pareil cas, ne garde pas par devers lui l'original de l'acte, il le remet aux parties. En supposant qu'une créance soit constatée par un titre de cette nature, la remise volontaire, qui en serait faite par le créancier au débiteur, donnerait-elle naissance au profit de celui-ci à la présomption de l'art. 1282 ou à celle de l'art. 1283 ? Nous croyons qu'il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1282, c'est-à-dire que la remise du titre ferait naître au profit du débiteur une présomption *juris et de jure* de libération. C'était la solution admise par Pothier, et c'est celle aussi que dicte la raison ; car le créancier se désarme complètement, toutes les fois qu'il abandonne l'original de l'acte. Qu'importe qu'il soit authentique ou sous seing privé?

1102. Pour que la remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre puisse faire naître la présomption de l'art. 1282 ou celle de l'art. 1283, il faut : 1° qu'elle ait été faite au débiteur ; 2° qu'elle ait été faite par le créancier ou par quelqu'un ayant reçu

de lui mandat à cet effet (Orléans, 20 mai 1876, Sir., 76. 2. 202); 3° qu'elle soit volontaire (arg. art. 1282).

Cette dernière condition doit nous arrêter un instant.

Par *remise* VOLONTAIRE, la loi entend celle que le créancier fait avec la volonté de libérer le débiteur, ou mieux à la suite de sa libération et pour la constater. Il n'y aurait donc pas remise volontaire *hoc sensu*, et par suite les présomptions de nos articles ne prendraient pas naissance, si le créancier avait remis l'original ou la grosse de son titre au débiteur à titre de dépôt, de prêt, de mandat, ou par erreur avec d'autres titres, ni à plus forte raison si le titre était parvenu entre les mains du débiteur par suite d'un vol ou d'un abus de confiance qu'il aurait commis, ou si, le titre ayant été perdu par le créancier, le débiteur l'avait trouvé.

1103. On voit qu'il est fort important de savoir à quel titre le débiteur détient l'original ou la grosse du titre qui constate sa dette; car, si ce n'est pas en vertu d'une remise volontaire, il n'y a pas en sa faveur de présomption de libération. Supposons qu'il y ait contestation sur ce point entre le débiteur et le créancier : le débiteur prétend que le titre qu'il détient lui a été remis volontairement par le créancier, et que par suite il doit bénéficier de la présomption de libération écrite en l'art. 1282 ou en l'art. 1283 ; le créancier, au contraire, conteste le fait de la remise volontaire, il prétend qu'il a été dépouillé de son titre malgré lui. Qui croira-t-on ? En d'autres termes, à qui de prouver son affirmation ? On admet généralement que la charge de la preuve incombe au créancier. La prétention du débiteur, dit-on, est plus vraisemblable; car normalement, lorsque le débiteur est en possession du titre, il l'a reçu des mains du créancier ; la perte, le vol, l'abus de confiance... sont des faits exceptionnels, et c'est au créancier qui les invoque de les prouver; dans le doute on ne peut pas les présumer. En ce sens, Bruxelles, 21 mars 1888, Gaz. du palais, numéro du 13 juin 1888. Voyez cependant Cass., 11 février 1873, Sir., 73. 1. 160. Cet arrêt reconnaît aux juges un pouvoir souverain pour résoudre la question d'après les circonstances de la cause.

1104. Lorsque les conditions requises par l'art. 1282 ou par l'art. 1283 se trouvent réunies, le débiteur n'a pas besoin de prouver sa libération, elle est présumée par la loi, ou, si l'on veut, il la prouve en invoquant la présomption de la loi (art. 1352) : il lui suffit d'opposer cette présomption au créancier pour le faire déclarer non recevable dans sa demande en paiement, sauf la preuve contraire réservée par l'art. 1283.

Le débiteur, nous le supposons, est en situation d'invoquer la présomption légale de l'art. 1282 ou celle de l'art. 1283. Il peut donc se dire libéré. Mais à quel titre ? Par un paiement ou par une remise de dette ? La question peut offrir un grand intérêt sous plusieurs aspects, notamment sous celui-ci : la remise de dette est une donation, et par suite le débiteur, libéré à ce titre, pourra se trouver soumis, le cas échéant, au rapport, à la réduction, à la révocation pour cause d'ingratitude ou pour cause de survenance d'enfant..., tandis que ces éventualités ne sont pas à redouter pour le débiteur libéré par un paiement. Pour résoudre la question proposée, nous remarquerons qu'elle paraît être demeurée étrangère aux prévisions du

législateur dans les art. 1282 et 1283. Le premier dispose que la remise volontaire du titre original sous signature privée, par le « créancier au débiteur, *fait preuve de la » libération* ». La loi ne dit pas à quel titre le débiteur est présumé libéré. Elle ne le dit pas davantage dans l'art. 1283, qui emploie cette formule équivalente « *fait » présumer la remise de la dette ou le paiement »;* l'un ou l'autre, on n'indique pas lequel. Ainsi, ce qui est légalement présumé, c'est la libération du débiteur, mais non le titre de cette libération.

La conclusion qui se dégage de là est toute simple : La loi étant muette sur la question qui nous occupe, il y a lieu de la résoudre à l'aide des règles du droit commun, qui imposeront tantôt au créancier, tantôt au débiteur l'obligation de prouver le titre en vertu duquel le débiteur est libéré. Ainsi le créancier vient dire : « Le débiteur, actuellement en possession du titre, n'a pas payé sa dette; je lui en ai fait remise et je demande aujourd'hui la révocation pour cause de survenance d'enfant de la donation que je lui ai ainsi faite ». Il appartiendra au créancier de prouver le fait de la remise qu'il invoque à l'appui de sa prétention. Ou bien, s'agissant d'une dette contractée solidairement par plusieurs, l'un des débiteurs, qui a le titre en sa possession, prétend en avoir obtenu la restitution à la suite d'un paiement et veut exercer un recours contre ses codébiteurs (art. 1213) qui soutiennent que le créancier lui a fait remise et que par suite il n'a pas de recours à exercer. Le débiteur qui agit devra prouver le paiement qu'il allègue comme base de son action récursoire.

Tels sont à notre avis les vrais principes. La doctrine admet en général que, dans le doute, il y a lieu de présumer que le débiteur est libéré par un paiement, parce que le paiement est le mode régulier et normal de libération. Il suffit de répondre qu'il n'y a pas de présomption légale sans une loi qui l'établisse.

1105. Telles sont les présomptions légales de libération. Bien que la liste en soit courte, on ne doit y ajouter aucun terme; car les présomptions légales, ainsi que nous l'avons déjà dit, sont de stricte interprétation. L'art. 1286 formule une proposition presque inutile, tant elle est évidente, lorsqu'il dit : « *La remise de la chose donnée en » nantissement* [gage ou antichrèse, art. 2072] *ne suffit point pour faire » présumer la remise de la dette* ». De ce que le créancier renonce à la garantie attachée à sa créance, il n'en résulte pas qu'il renonce à sa créance elle-même : on peut renoncer à l'accessoire sans renoncer au principal. Ce que la loi dit de la renonciation au droit de gage, il faudrait le dire aussi de la renonciation aux autres garanties attachées à la créance, privilèges, hypothèques, cautionnement.

III. *Effets de la remise de la dette.*

1106. La remise de la dette est une cause d'extinction des obligations ; elle anéantit donc la dette, et avec elle tous ses accessoires.

Il peut y avoir plusieurs obligés, par exemple plusieurs codébiteurs solidaires, ou un débiteur principal et une ou plusieurs cautions. La remise faite à l'un d'entre eux éteindra-t-elle la dette d'une manière absolue, *in rem, generaliter,* auquel cas tous les obligés pourront l'invoquer, ou bien opérera-t-elle seulement d'une manière relative, *in personam,* de telle sorte que le bénéfice en sera exclusivement

réservé à l'obligé qui l'a obtenue? Pour employer les expressions de Pothier, la remise faite à un seul des obligés est-elle *réelle* ou seulement *personnelle?*

Cette question ne comporte pas une réponse absolue. Il y a certaines distinctions à établir, qui résultent des art. 1284, 1285 et 1287.

Il faut tout d'abord distinguer si la remise est tacite ou expresse. Ainsi qu'on le voit, nous opposons à la remise *tacite* la remise *expresse,* et non la remise *conventionnelle,* comme le font à tort les art. 1285 et 1287 ; la remise conventionnelle n'est qu'un cas particulier de la remise expresse, qui peut aussi se faire par testament.

a. Remise tacite.

1107. Nous entendons ici par remise tacite celle résultant de ce que le créancier s'est volontairement dessaisi de son titre (art. 1282 et 1283). On comprend qu'une semblable remise doive nécessairement être *réelle;* car elle résulte de l'impossibilité où le créancier s'est mis volontairement de prouver son droit, et il est clair que cette impossibilité existe *erga omnes.* L'art. 1284 ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il dit : « *La remise du titre original sous* » *signature privée, ou de la grosse du titre, à l'un des débiteurs solidai-* » *res a le même effet au profit de ses codébiteurs* ».

b. Remise expresse.

1108. La remise expresse, dont la remise conventionnelle n'est qu'un cas particulier, ne produit pas toujours un effet aussi radical. La loi fait à cet égard plusieurs distinctions; nous parlerons successivement avec elle du cas où la remise est faite à l'un des codébiteurs solidaires, de celui où elle est faite au débiteur principal et enfin du cas où elle est intervenue au profit de la caution.

1109. α. *Remise faite à l'un des codébiteurs solidaires.* Aux termes de l'art. 1285 al. 1 : « *La remise ou décharge conventionnelle au profit* » *de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le* » *créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers* ». Cette décision, qui paraît être un souvenir des règles du droit romain sur l'*acceptilatio,* est très critiquée; elle est contraire en effet au principe que les renonciations doivent s'interpréter restrictivement. Il y a doute sur le point de savoir si le créancier, qui a fait remise expresse de la dette à l'un des codébiteurs solidaires, a entendu que cette remise profitât aux autres; ce doute aurait dû être tranché en faveur du créancier. La loi fait le contraire : le créancier ne conservera ses droits contre les autres codébiteurs solidaires qu'autant qu'il les aura réservés expressément.

En supposant que cette réserve ait été faite, quel en sera l'effet?

L'art. 1285 al. 2 répond : « *Dans ce dernier cas, il* [le créancier] *ne* » *peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel* » *il a fait la remise* ». Ainsi *Primus, Secundus* et *Tertius* me doivent solidairement 3,000 fr.; je déclare faire remise de la dette à *Primus*, mais en me réservant mes droits contre *Secundus* et *Tertius;* je ne pourrai plus demander que 2,000 fr. soit à *Secundus,* soit à *Tertius,* déduisant du montant de ma demande la part de *Primus* auquel j'ai fait la remise, part que nous supposons égale à celle des autres codébiteurs. En effet, si je pouvais demander 3,000 fr. à l'un des codébiteurs non déchargés, il ne manquerait pas, après m'avoir payé, d'exercer une action récursoire contre *Primus* pour sa part (art. 1214), et celui-ci perdrait ainsi le bénéfice de la remise que je lui ai faite.

Ajoutons que, si l'un des codébiteurs non déchargés devient insolvable, la part qui aurait dû être supportée dans son insolvabilité par le codébiteur déchargé, demeurera au compte du créancier, qui doit naturellement subir toutes les conséquences de la remise qu'il a faite. Ainsi, dans notre espèce, si *Secundus* devient insolvable, le créancier ne pourra demander à *Tertius* que 1,500 fr.

1110. β. *Remise faite au débiteur principal.* L'art. 1287 al. 1 dispose : « *La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur* » *principal libère les cautions* ». Il ne peut pas y avoir de caution sans débiteur principal, puisque l'engagement de la caution est accessoire par rapport à celui du débiteur principal. La libération du débiteur principal entraîne donc nécessairement celle des cautions.

1111. γ. *Remise faite à la caution.* Elle est sans effet par rapport au débiteur principal : « *Celle accordée à la caution ne libère pas le débi-* » *teur principal* », dit l'art. 1287 al. 2. Le créancier a pu vouloir renoncer au cautionnement, qui est un accessoire de sa créance, sans entendre renoncer pour cela à sa créance elle-même; il conserve donc ses droits contre le débiteur; ainsi l'exige le principe, que les renonciations doivent être interprétées restrictivement.

L'art. 1287 al. 3 ajoute : « *Celle* [la remise expresse] *accordée à* « *l'une des cautions ne libère pas les autres* », de sorte que la remise expresse faite au profit de la caution est toujours personnelle.

La loi dit que la remise accordée à l'une des cautions ne *libère* pas les autres. mais elle ne dit pas que cette remise ne leur profite pas. Effectivement le créancier, qui a déchargé l'une des cautions, ne peut plus poursuivre les autres que sous la déduction de la part de la caution déchargée. Il est impossible d'en douter. De deux choses l'une en effet : — Ou les cautions sont solidaires (ce qui arrive si elles ont renoncé au bénéfice de division), et alors celles qui n'ont pas été déchargées s invoqueront par analogie l'art. 1285 al. 2; — Ou elles ne sont pas solidaires, et alors, en invoquant le bénéfice de division, les cautions non déchargées pourront se soustraire à l'obligation de payer la part de la caution déchargée. *Adde* arg. art. 2033 et 2037.

1112. Notre section se termine par un article, dont la disposition, contraire à l'opinion de Pothier, est universellement critiquée : « *Ce*

» *que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions* » (art. 1288).

Supposons une dette de 10,000 fr., payable dans un an et garantie par une caution ; l'état des affaires du débiteur donne lieu de craindre qu'il ne devienne promptement insolvable, *vergit ad inopiam*. Dans ces conditions, la caution fait au créancier la proposition suivante : « Je vous offre une somme de 2,000 fr., si vous voulez me décharger du cautionnement ». Le créancier accepte. Que s'est-il passé ? Le créancier et la caution avaient des doutes sur la solvabilité du débiteur ; en offrant 2,000 fr., la caution a entendu se décharger du risque de cette insolvabilité, et en les acceptant le créancier a entendu prendre ce risque à son compte. C'est donc un contrat aléatoire qui est intervenu entre le créancier et la caution : les 2,000 fr. que reçoit le créancier sont le prix du risque de l'insolvabilité du débiteur, que le créancier prend désormais à sa charge ; il les reçoit à titre onéreux. Alors comment se fait-il que la loi les déclare imputables sur le montant de la créance, et ne permette au créancier d'exiger que le surplus, soit 8,000 fr., du débiteur et des autres obligés s'il y en a? C'est détruire tout le profit de la convention pour le créancier, lui laisser la mauvaise chance en lui enlevant la bonne. Dans ces conditions, aucun créancier ne consentira à accorder la décharge du cautionnement, puisque la chance de perte que lui fait courir cette décharge n'est pas compensée par une chance de gain.

Au surplus, en pratique, il y a un moyen bien simple d'éluder cette disposition, et on ne peut guère blâmer ceux qui l'emploient ou ceux qui le suggèrent aux parties, puisqu'il s'agit d'une loi contraire au droit. Que le créancier, après avoir reçu comptant la somme que lui offre la caution, donne à celle-ci une décharge *pure et simple*, c'est-à-dire une décharge dans laquelle il ne fera pas mention de la somme que la caution a payée pour l'obtenir. La remise du cautionnement apparaîtra ainsi sous la couleur d'un acte à titre gratuit, et le créancier conservera le droit d'agir pour le tout contre les autres obligés. Et cependant ce moyen ne procure pas au créancier une sécurité absolue ; car il se pourrait bien qu'on prouvât plus tard contre lui que la décharge accordée à la caution n'était pas gratuite, ne fût-ce qu'en lui déférant le serment, et alors il subirait l'application de l'art. 1288 ; ce qui prouve, soit dit en passant, qu'il est toujours dangereux de chercher à éluder la loi.

SECTION IV

DE LA COMPENSATION

1113. Définition. — La loi 1, D., *De compensationibus* (XVI, 2), donne de la compensation la définition suivante empruntée à Modestin : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. On peut, en paraphrasant cette définition, dire que la compensation est *la balance établie entre deux dettes qui se soldent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives*. Je vous dois 10,000 fr., et vous me devez pareille somme. Si on met ma dette dans l'un des plateaux d'une balance et la votre dans l'autre, il y aura équilibre parfait ; alors il est tout simple que les deux dettes s'annulent réciproquement ; l'une paiera l'autre, il y aura *compensation* (de *pensare cum*). Supposons que je vous doive 10,000 fr. et que vous m'en deviez 15,000 ; si nous

mettons les deux dettes dans la balance, elles ne se feront équilibre que jusqu'à concurrence de 10,000 fr. Eh bien ! il y aura compensation dans cette mesure; j'aurai donc seulement le droit de vous demander l'excédent de ma créance sur ma dette, soit 5,000 fr.

C'est principalement un motif d'équité qui a fait admettre la compensation. Est-il juste que je puisse être forcé de payer, lorsque je suis en droit d'exiger immédiatement de celui qui me réclame le paiement une prestation absolument semblable à celle dont je suis tenu envers lui ; de sorte qu'après avoir payé je serais fondé à reprendre immédiatement ce que je viens de donner, s'il était permis de se faire justice à soi-même ? Notre législateur ne l'a pas pensé. *Dolo facit qui petit quod redditurus est.* Entre deux personnes dont la situation est parfaitement égale, en ce sens qu'elles sont réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre pour dettes de même nature également exigibles, il n'y a pas de motif pour que l'une puisse être contrainte à payer, tandis que l'autre ne paie pas : ce qui aurait pour résultat de laisser la première exposée pour sa propre créance au risque de l'insolvabilité de la seconde. A ce point de vue, surtout, il est vrai de dire avec la loi 3, D., *hoc tit. : Interest nostra potius non solvere quam solutum repetere,* idée qu'exprime aussi le dicton populaire : *Mieux vaut tenir que courir.* La compensation offre encore un autre intérêt, auquel Pomponius songeait peut-être aussi en écrivant le passage que nous venons de citer : elle simplifie la situation des parties, en leur épargnant les embarras et les frais d'un double paiement, qui, une fois fait de part et d'autre, les laisserait absolument dans la même situation que si elles n'avaient payé ni l'une ni l'autre. C'est plus qu'il n'en faut pour justifier la compensation, qui, à bien prendre, n'est qu'une dation en paiement, effectuée en vertu des dispositions de la loi : la créance de chaque débiteur sert à payer sa dette jusqu'à due concurrence.

On distingue trois espèces de compensation : la compensation légale, la compensation facultative et la compensation judiciaire. Nous en traiterons dans trois paragraphes.

§ I. *De la compensation légale.*

1114. La compensation légale, la seule dont le législateur s'occupe dans notre section, est celle qui a lieu de plein droit en vertu des dispositions de la loi. L'art. 1289 en donne une idée assez superficielle en disant : « *Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers* » *l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes,* » *de la manière et dans les cas ci-après exprimés* ».

Nous étudierons successivement : 1° quelles sont les conditions

requises pour qu'il y ait lieu à la compensation légale; 2° comment s'opère la compensation et quels sont ses effets; 3° par qui la compensation peut être opposée; 4° enfin nous parlerons de la renonciation à la compensation acquise.

N° 1. Conditions requises pour la compensation légale.

1115. Aux termes de l'art. 1291 al. 1 : « *La compensation n'a lieu » qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, » ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui » sont également liquides et exigibles* ».

Ce texte exige trois conditions pour qu'il y ait lieu à la compensation légale : 1° que les deux dettes à compenser aient pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce; 2° qu'elles soient liquides; 3° qu'elles soient exigibles. Nous verrons qu'il y a lieu d'en ajouter une quatrième.

1116. Première condition. *La compensation ne peut avoir lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce.*

Ainsi vous me devez du vin et je vous dois du vin, ou je vous dois du blé et vous me devez du blé, ou je vous dois un cheval *in genere* et vous me devez un cheval *in genere*. Nos deux dettes se compenseront, parce qu'elles ont pour objet des choses fongibles de la meme espèce. Au contraire, la compensation ne s'opérerait pas entre une dette d'argent et la dette d'un cheval, ou entre la dette d'un cheval *in genere* et celle d'un cheval arabe, ou entre la dette d'un cheval arabe et celle d'un cheval anglais. Dans ces divers cas, les deux dettes ont bien l'une et l'autre pour objet des choses fongibles, mais non des choses fongibles *de la même espèce :* ce qui signifie des choses fongibles *entre elles,* fongibles *l'une par rapport à l'autre.* A plus forte raison la compensation n'aurait-elle pas lieu, si les dettes ou l'une d'elles avaient pour objet un corps certain.

Quelle est la raison d'être de notre première condition? La compensation consiste à annuler deux dettes dans la mesure où elles se font mutuellement équilibre, en les supposant mises dans les deux plateaux d'une même balance (*pensare cum*). Cela suppose que les dettes ont une commune mesure : ce qui arrive seulement lorsqu'elles ont pour objet des choses fongibles de la même espèce; car comment peser ensemble, pour les comparer, deux dettes dont l'objet est tout différent, par exemple la dette d'une somme d'argent et celle d'une statue de bronze? A quoi l'on peut ajouter avec Pothier que, « la compensation étant un paiement réciproque que se font les deux parties, un créancier ne peut être obligé de recevoir en compensation autre

chose que ce qu'il serait obligé de recevoir en paiement » (*Obligations*, n. 624).

1117. La règle, que la compensation n'est pas possible entre deux dettes de choses fongibles d'espèce différente, souffre une exception que n'admettait pas Pothier, et dont le mérite est très contestable; elle est ainsi formulée par l'art. 1291 al. 2 : « *Les prestations en grains* » *ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuria-* » *les, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles* ».

Les *mercuriales* sont des registres, tenus par les autorités locales dans les diverses communes où il y a des marchés, et qui *constatent* (et non pas *règlent*, comme le dit la loi) les prix courants des diverses denrées. Grâce aux renseignements qu'elles fournissent, il n'y a rien de plus facile que de convertir mentalement une dette de denrées en argent ou une dette d'argent en denrées, et de donner ainsi une commune mesure à deux dettes dont l'une a pour objet des denrées et l'autre de l'argent. Voilà sans doute pourquoi l'art. 1291 al. 2 déclare que : « Les prestations en grains ou denrées... *peuvent se compenser* » [c'est-à-dire *sont compensables*] avec des sommes liquides et exigi- » bles ». Mais il arrivera ainsi que le créancier des denrées recevra de l'argent en paiement, et le créancier de l'argent, des denrées, contrairement à la règle *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, et c'est pourquoi nous avons dit que le mérite de l'exception est fort contestable.

Quoi qu'il en soit, par cela seul que la disposition qui nous occupe déroge au droit commun, elle doit recevoir l'interprétation restrictive. De là nous conclurons :

1° Que l'exception n'étant établie qu'en vue du cas où il existe d'un côté une dette de denrées et de l'autre une dette d'argent, il n'y aurait pas lieu de l'étendre au cas de deux dettes ayant pour objet l'une et l'autre des denrées de nature différente, dont le prix est constaté par des mercuriales. Ainsi la compensation n'aurait pas lieu entre une dette de blé et une dette de vin, ou même entre une dette de vin de Bordeaux et une dette de vin de Bourgogne;

2° Que toutes les dettes de denrées, dont le prix est constaté par des mercuriales, ne seraient pas compensables avec des dettes de sommes d'argent, mais seulement celles qui sont comprises sous la dénomination de *prestations*. La loi ne dit pas : *les* DETTES *en grains ou denrées*, mais bien *les* PRESTATIONS; or cette expression désigne une dette qui doit être payée périodiquement à certaines échéances. Le rapporteur du tribunat, Jaubert, a cité comme exemple la prestation en denrées dont est tenu un fermier. Ainsi j'ai affermé un fonds de terre moyennant une redevance fixe de cent hectolitres de froment par an; je dois à mon fermier une somme de 1,000 fr. à un titre quelconque; ma dette se compensera jusqu'à due concurrence avec la redevance dont mon fermier se trouve actuellement débiteur envers moi.

En tout cas, et en supposant que la disposition de la loi soit applicable à toutes les dettes de denrées dont le prix est constaté par des mercuriales, qu'elles constituent ou non des prestations proprement dites, elle recevrait une exception nécessaire au cas où la dette de denrées et la dette d'argent seraient la cause l'une de l'autre. Ainsi je vous ai vendu 100 hectolitres de froment moyennant 2,000 fr. : je

suis donc débiteur envers vous de denrées dont le prix est constaté par des mercuriales, et vous d'une somme d'argent. La compensation s'opérera-t-elle entre nos deux dettes, par application de l'art. 1291 al. 2? Non évidemment; autrement tous les marchés de ce genre seraient annulés de plein droit en vertu des dispositions de la loi (arg. art. 1290). Il est impossible de prêter une pareille pensée au législateur, et, à supposer que le texte pris à la lettre dût conduire à ce résultat, on y échapperait en invoquant l'intention bien évidente des parties qui devraient être considérées en pareil cas comme ayant renoncé tacitement au bénéfice de la compensation.

1118. Deuxième condition. Les deux dettes à compenser doivent être *liquides*. Une dette est liquide *quum certum est* an *et* quantum *debeatur*, c'est-à-dire lorsqu'elle est certaine quant à son existence, *an*, et déterminée quant à sa quotité, *quantum*.

Certaine quant à son existence. Ainsi une dette contractée sous une condition suspensive n'est pas liquide *pendente conditione;* car elle n'existe pas encore, et il est incertain si elle existera jamais. De même, une dette contestée n'est pas liquide, et par suite elle n'est pas susceptible d'entrer en compensation. Il faut toutefois que la contestation soit *sérieuse*, ce qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement; autrement la compensation dépendrait de la fantaisie de chacun des débiteurs, puisqu'il lui suffirait pour l'empêcher d'élever une contestation quelconque au sujet de sa dette. La loi exige que la dette soit certaine quant à son existence; mais elle n'exige pas pour cela qu'elle soit reconnue par le débiteur. Cpr. Cass., 7 février 1883, Sir., 85. 1. 300.

Déterminée quant à sa quotité. Une dette n'est donc pas liquide, lorsque la fixation de son *quantum* dépend d'un règlement de compte ou d'une estimation, bien que son existence soit d'ailleurs certaine. Ainsi un tribunal a prononcé contre un débiteur une condamnation à des dommages et intérêts; mais, n'ayant pas les éléments nécessaires pour en déterminer le chiffre, il a ordonné qu'ils seraient fixés *par état*. La dette est certaine quant à son existence, mais elle n'est pas déterminée quant à sa quotité; par conséquent elle n'est pas liquide, et n'entrera pas en compensation.

1119. Troisième condition. *Les deux dettes doivent être exigibles.* Une dette à terme n'est donc pas susceptible d'entrer actuellement en compensation. *Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies veniat*, dit la loi 7, D., *hoc tit.* Ainsi je vous dois 1,000 fr. payables immédiatement; vous me devez de votre côté 1,000 fr. payables dans six mois. Je ne puis, pour me dispenser de vous payer, vous opposer la compensation des 1,000 fr. que vous me devez, vous donnant ainsi en paiement de ma dette, qui est exigible de suite, ma créance, qui n'est exigible que dans six mois. Ce serait vous faire perdre le bénéfice du terme pour votre dette, en vous forçant à payer immédiatement par voie de compensation ce que je ne puis vous forcer à payer que plus tard par voie de paiement réel.

A cette règle il y a une exception facile à justifier. « *Le terme de* » *grâce n'est point un obstacle à la compensation* », dit l'art. 1292. Le délai de grâce est une faveur accordée par le juge au débiteur, qui, par suite de circonstances malheureuses, se trouve dans l'impossibilité

de payer immédiatement; son but est de donner au débiteur le temps de se procurer les ressources nécessaires pour effectuer le paiement; il n'a donc plus sa raison d'être, lorsque le débiteur peut se libérer par la voie facile de la compensation. Ce serait détourner le terme de grâce de son but que de permettre au débiteur de l'invoquer pour échapper à la compensation.

* Les dettes non encore échues d'un débiteur failli, sont rendues immédiatement exigibles par le jugement déclaratif de la faillite (C. co art. 444). Mais cette exigibilité, qui a principalement pour but de faciliter la liquidation de la faillite, n'équivaut pas, au point de vue de la compensation, à celle qui résulterait de l'échéance du terme; elle ne rend pas compensable une dette du failli qui ne l'était pas encore. Bien plus, la compensation ne pourra plus désormais se produire, lorsque l'échéance du terme arrivera. La raison en est que le jugement déclaratif de la faillite fixe irrévocablement le sort de tous les créanciers du failli, et fait obstacle à ce que l'un soit payé au détriment des autres; ce résultat ne peut pas plus être obtenu par voie de compensation que par voie de paiement. A bien prendre d'ailleurs, la compensation est un paiement.

* Il en est autrement de l'exigibilité résultant de la déconfiture du débiteur ou de la diminution des sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 1188); elle rend la dette compensable. Remarquons toutefois, d'une part que cette exigibilité n'a pas lieu de plein droit, elle ne peut résulter que d'un jugement qui la déclare; et d'autre part qu'elle ne peut être invoquée que par le créancier qui a obtenu ce jugement (arg. art. 1351).

1120. Quatrième condition. Elle ne se trouve qu'à l'état latent, en puissance, comme on dit quelquefois, dans les textes et notamment dans les art. 1289 et 1294. MM. Aubry et Rau la formulent de la manière suivante : « Le créancier de l'une des obligations doit être le débiteur personnel et principal de l'autre obligation; et réciproquement le créancier de celle-ci doit être débiteur principal et personnel de celle-là ».

Ainsi un tuteur ne peut pas opposer en compensation de sa propre dette la créance de son pupille : par exemple je dois 1,000 fr. à un mineur dont le tuteur me doit pareille somme; le tuteur, auquel je demande le paiement de sa dette, ne pourra pas m'opposer en compensation la créance de son pupille; il devra me payer, sauf à agir ensuite contre moi *tutorio nomine* pour me demander le paiement de ce que je dois au mineur. Il n'y a pas ici deux personnes qui soient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre : je suis débiteur du mineur, mais je ne suis pas son créancier, je suis créancier du tuteur; en sens inverse, le mineur est mon créancier, mais il n'est pas mon débiteur, c'est le tuteur qui me doit. Dans ces conditions, la compensation n'est pas possible.

L'art. 1294 al. 2 contient une autre application de ce principe : le débiteur principal ne peut pas opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution; nous y reviendrons.

1121. Aucune autre condition n'est requise pour la compensation légale. Ainsi,

1° La compensation se produirait, alors même que l'une des parties serait incapable de payer. La compensation, il est vrai, est un paiement; mais c'est un paiement imposé par la loi (arg. art. 1290), et elle l'impose à tous.

2° L'inégalité des dettes à compenser n'est pas un obstacle à la compensation. En pareil cas, la dette la plus faible est éteinte en totalité, et l'autre, jusqu'à concurrence du montant de la première (art. 1290). Ainsi la compensation s'opérant entre deux dettes dont l'une est de 1,000 fr. et l'autre de 1,500 fr., la première sera éteinte, et la seconde ne subsistera que pour 500 fr. Il arrivera ainsi que le créancier de la dette la plus forte se trouvera forcé de recevoir par la voie de la compensation un paiement partiel, contrairement au principe formulé dans l'art. 1244 al. 1. Mais comment se plaindrait-il? En supposant qu'il pût exiger un paiement intégral, il serait immédiatement tenu de payer lui-même sa propre dette, et, ce double paiement une fois fait, il ne conserverait en définitive que l'excédent de sa créance sur sa dette : c'est précisément la situation où la compensation le place, avec une simplification, qui consiste à éviter deux paiements inutiles.

3° Il importe peu que les dettes à compenser soient payables en des lieux différents.

Mais, la compensation ayant en pareil cas pour résultat d'empêcher les parties de recevoir leur paiement au lieu fixé par la convention, celle des deux, qui éprouvera de ce chef un préjudice, aura le droit d'en demander la réparation ; car il est juste que les parties se trouvent replacées en définitive exactement dans la situation où elles se trouveraient si elles avaient reçu leur paiement au lieu où elles devaient le recevoir. Il suffira pour régler cette indemnité de consulter le cours du change, qui indique la valeur relative de l'argent sur les différentes places. L'art. 1296 a tort de supposer que l'indemnité sera toujours due par celui qui oppose la compensation; elle peut tout aussi bien lui être due. Voici le texte : « *Lorsque les deux* » *dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation* » *qu'en faisant raison des frais de la remise* ».

4° « *La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou* » *l'autre des dettes...* » (art. 1293 al. 1). Ainsi ce que vous me devez à titre de prêt se compensera avec ce que je vous dois à titre de prix de vente.

1122. Après avoir posé le principe que la compensation a lieu quelle que soit la cause des deux dettes, l'art. 1293 y apporte trois exceptions que nous allons étudier successivement. Voici tout d'abord le texte : « *... excepté dans le cas, — 1° De la demande en restitution d'une* » *chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ; — 2° De la* » *demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage; — 3° D'une* » *dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables* ».

a. La première exception, relative à la restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé, n'est qu'une application de la règle *Spoliatus ante omnia restituendus*. Par exemple, je vous dois 1,000 fr. ; ne pouvant obtenir votre paiement, vous vous faites justice vous-même en prenant de votre propre autorité 1,000 fr. qui m'appartiennent. Si je forme contre vous une demande en restitution, pourrez-vous m'opposer en compensation ma dette de 1,000 fr.? Non; vous devrez commencer par me restituer ce que vous m'avez pris, sauf à agir ensuite contre moi par les voies de droit pour obtenir votre paiement; la compensation aurait ici pour résultat d'amnistier une mauvaise action.

* L'impossibilité d'opposer la compensation ne constituera dans notre hypothèse une exception aux règles du droit commun que lorsque le spoliateur aura consommé la chose dont il s'est injustement emparé, ce qui aura pour résultat de le rendre débiteur d'*une quantité;* car jusque-là il est débiteur d'*un corps certain,* et la compensation n'est pas possible d'après les règles du droit commun, qui n'admettent en compensation que les dettes de sommes d'argent ou de choses fongibles entre elles. Ainsi, en reprenant l'exemple proposé tout à l'heure, tant que vous avez entre les mains les espèces dont vous vous êtes injustement emparé à mon préjudice, et qu'elles ne se sont pas encore confondues avec les vôtres, ce qui arrivera par exemple si le sac étiqueté et cacheté qui les contenait au moment où vous les avez soustraites est encore intact, les règles générales suffisent pour interdire la compensation; car vous êtes débiteur envers moi d'un corps certain, des espèces mêmes que vous m'avez soustraites, et les dettes de corps certains, n'admettent pas la compensation. L'exception apparaîtra, lorsque vous aurez consommé les espèces ou qu'elles se seront confondues avec les vôtres; alors vous devenez débiteur envers moi d'une quantité, d'une somme de 1,000 fr., et, si la disposition que nous venons d'analyser n'était venue s'y opposer, cette dette aurait pu, d'après les règles du droit commun, entrer en compensation avec celle dont je suis tenu envers vous.

b. La deuxième exception concerne la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage. Le dépositaire ou le commodataire, auquel cette restitution est demandée, ne peut pas y échapper en invoquant la compensation de ce que lui doit le déposant ou le prêteur. Cpr. art. 1885.

Ce qu'on ne voit pas clairement, c'est comment il y a là une exception aux règles du droit commun sur la compensation. En effet la dette née du dépôt ou du prêt à usage, est une dette de corps certain : c'est la chose même par lui reçue que le dépositaire ou le commodataire doit restituer dans son identique individualité, et non une chose semblable; l'impossibilité où il se trouve d'échapper à la restitution dont il est tenu, en invoquant la compensation de ce que lui doit le déposant ou le prêteur, est donc une application toute simple des règles du droit commun, qui interdisent la compensation des dettes de corps certains, et on se demande comment l'art. 1293-2° a pu la présenter comme une exception à ces règles.

L'objection nous paraît sans réplique en ce qui concerne la dette née du prêt à usage.

Il n'en est pas de même relativement à la dette née du dépôt; car le dépositaire peut quelquefois être débiteur d'une quantité : auquel cas les règles du droit commun l'auraient autorisé à invoquer la compensation de ce que lui doit le déposant,

si la loi n'était venue l'interdire par une disposition spéciale. C'est ce qui arrive dans l'hypothèse du dépôt *irrégulier*. Par exemple je vous confie à titre de dépôt une somme de 1,000 fr., que je vous remets à découvert; il est convenu entre nous que vous aurez le droit de confondre cet argent avec le vôtre, et que vous me restituerez, non pas les espèces mêmes que je vous ai livrées, comme vous seriez tenu de le faire si je vous les avais remises enfermées dans un sac étiqueté et cacheté, mais une somme semblable à celle que je vous ai remise : c'est le dépôt qui se fait ordinairement chez les banquiers. Le dépositaire, nous le répétons, est alors débiteur d'une quantité, et les règles du droit commun l'auraient autorisé à se libérer par la voie de la compensation. Mais il y a un texte spécial qui s'y oppose, c'est l'art. 1293-2°; l'exception qu'il formule a pour fondement le caractère sacré de la dette née du dépôt.

c. Enfin l'art. 1293 formule une troisième exception relative aux dettes *qui ont pour cause des aliments déclarés insaisissables.* Ainsi vous me devez 1,000 fr. pour les arrérages échus d'une pension alimentaire, qui est insaisissable en vertu de la loi ou de la volonté du disposant (cpr. art. 581 C. pr.); je vous dois de mon côté pareille somme. Vous ne pourrez pas échapper à la nécessité de me payer les arrérages échus de ma pension, en invoquant la compensation de ce que je vous dois; il vous faudra me payer, sauf à agir ensuite de votre côté par les voies de droit pour obtenir le paiement de ce que je vous dois. Quelle est la raison de cette dérogation? Le créancier, dans l'hypothèse dont il s'agit, ne peut pas être dépouillé par voie de saisie des aliments qui lui sont dus. Les motifs, qui ont porté le législateur à le mettre à l'abri de la saisie, exigeaient qu'il le mît aussi à l'abri de la compensation. *Oportet edere.* D'ailleurs la compensation, étant un paiement réciproque, ne doit pas pouvoir se produire, toutes les fois que l'une des parties ne pourrait pas être contrainte à un paiement effectif. Ce motif s'applique, non seulement aux dettes d'aliments déclarés insaisissables, mais d'une manière générale à toutes les dettes ayant pour objet des choses insaisissables. Aussi doit-on admettre qu'il y a lieu de généraliser la disposition de l'art. 1293-3°, et de l'appliquer à toutes les dettes de choses insaisissables. Cpr. t. I, n. 610 *bis.*

N° 2. Comment s'opère la compensation et quels en sont les effets.

1123. Aux termes de l'art. 1290 : « *La compensation s'opère de plein* » *droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux* » *dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister* » *à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives* ».

= *La compensation s'opère de plein droit...*; il n'est donc pas nécessaire, pour que la compensation produise ses effets, qu'elle soit demandée judiciairement.

Il est vrai que celui auquel on réclame en justice le paiement d'une dette éteinte par la compensation, est obligé, s'il veut échapper à une condamnation, d'*opposer la compensation,* c'est-à-dire de signaler et de démontrer au juge l'existence de la

créance qui a opéré la compensation (arg. art. 1315); autrement le juge, ignorant que la compensation s'est produite, condamnerait infailliblement le défendeur à payer. Mais ce n'est pas à dire pour cela que le juge *prononcera* la compensation; il constatera seulement son existence : il déclarera que, la dette ayant été éteinte de plein droit à dater du moment où les conditions prescrites par la loi se sont trouvées réunies, le demandeur est mal fondé dans sa réclamation. Le défendeur serait dans une situation tout à fait semblable, s'il se prétendait libéré par un paiement : il faudra bien qu'il oppose le paiement et qu'il le prouve; sans quoi le juge, qui ne peut pas en deviner l'existence, donnerait gain de cause au demandeur; et cependant il n'est pas douteux que le paiement libère le débiteur de plein droit, *ipso jure*.

1124. Le principe, que la compensation a lieu de plein droit, produit des conséquences importantes : 1° la compensation s'opère même à l'insu des parties, donc sans manifestation de volonté; il importera peu par conséquent que ceux entre lesquels elle doit s'opérer soient capables ou incapables; 2° les intérêts des créances éteintes par la compensation cessent immédiatement de courir; 3° les accessoires de ces créances, privilèges, hypothèques, cautionnements, etc., sont éteints.

* Ce même principe permettra quelquefois à un créancier d'échapper à une prescription imminente. Vous me devez 10,000 fr. depuis longues années; la veille du jour où la prescription de ma créance va s'accomplir, je deviens, à mon insu peut-être, votre débiteur d'une somme égale à celle que vous me devez. La compensation s'opère immédiatement, et je pourrai vous l'opposer plus tard, si vous venez me demander le paiement de votre créance, même après l'expiration du délai fixé pour la prescription de la mienne. La prévoyance de la loi aura ainsi utilisé à mon profit une créance, que j'allais perdre par la prescription.

1125. Il peut se faire qu'au moment où je deviens votre créancier d'une somme liquide et exigible, je sois moi-même débiteur envers vous de plusieurs dettes de sommes d'argent également liquides et exigibles; quelle est celle de ces dettes qui sera éteinte par la compensation? L'art. 1297 répond : « *Lorsqu'il y a plusieurs* » *dettes compensables dues par la même personne, on suit pour la compensation, les* » *règles établies pour l'imputation par l'article* 1256 » (*supra* n. 1059).

N° 3. Par qui la compensation peut être opposée.

1126. Aux termes de l'art. 1294 al. 1 : *La caution peut opposer la* » *compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal* ». Lorsque le débiteur, dont la dette est cautionnée, devient créancier de son créancier, la compensation s'opère de plein droit, en supposant que les conditions requises par la loi se trouvent réunies. La situation est donc la même que si le débiteur avait payé; par suite la caution peut invoquer la compensation, comme elle pourrait invoquer un paiement.

« *Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que* » *le créancier doit à la caution* » (art. 1294 al. 2). La raison en est que la caution n'est tenue qu'à défaut du débiteur principal, dont elle a le droit d'exiger la discussion préalable (art. 2021). Tant que le créancier ne justifie pas, par une discussion en règle, qu'il ne peut obtenir son

paiement du débiteur, la dette de la caution n'est pas *exigible;* or une dette qui n'est pas exigible n'entre pas en compensation (art. 1291). Voilà pourquoi la loi ne permet pas au débiteur principal d'opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution : il ne peut pas opposer la compensation, parce qu'il n'y a pas compensation; lui permettre de l'opposer, ce serait ravir à la caution le bénéfice de discussion, puisqu'on la forcerait à payer par voie de compensation, sans que le débiteur fût préalablement discuté dans ses biens.

Mais bien entendu la caution, si elle est poursuivie par le créancier, a le droit d'invoquer la compensation de ce que celui-ci lui doit; elle est autorisée à lui dire : « Je pourrais vous renvoyer à discuter préalablement le débiteur principal, mais je renonce à ce bénéfice : ce qui rend exigible immédiatement la dette dont je suis tenue envers vous en qualité de caution; la compensation s'opère donc aux termes de l'art. 1290, et je vous l'oppose ».

Si, après s'être ainsi vu opposer la compensation par la caution, le créancier s'avisait de se retourner contre le débiteur principal, alors celui-ci pourrait le repousser en invoquant lui-même la compensation que la caution a opposée ; car, la compensation étant un paiement, la situation est la même que si le créancier avait été payé par la caution, et il n'a pas le droit de se faire payer une deuxième fois. Sauf bien entendu le recours de la caution contre le débiteur.

L'art. 1294 *in fine* dispose : « *Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur* ». *Primus* et *Secundus* doivent solidairement 2,000 fr.; *Primus* devient créancier du créancier pour une somme égale au montant de la dette solidaire ; les deux dettes sont liquides et exigibles. Si le créancier s'attaque à *Primus,* celui-ci pourra opposer la compensation, et, si le créancier se retourne ensuite contre *Secundus,* ce dernier pourra lui-même s'en prévaloir; car, a compensation ayant déjà été opposée par *Primus,* la situation est la même que s'il avait payé la dette. Mais supposons que le créancier s'attaque d'abord à *Secundus;* celui-ci pourra-t-il opposer la compensation du chef de *Primus ?* Notre article décide que non; probablement parce que le codébiteur, dans la personne duquel la compensation s'est produite, se trouverait ainsi forcé dans tous les cas de faire, par la voie de la compensation, qui est en définitive un paiement, l'avance du montant total de la dette solidaire, et qu'il n'a pas semblé juste qu'il dût être nécessairement grevé de cette charge.

Il paraît même difficile d'admettre, en présence des termes absolus de l'art. 1294 *in fine,* que *Secundus* puisse invoquer la compensation du chef de *Primus* dans la mesure de la part que celui-ci doit supporter en définitive dans la dette solidaire, soit pour 1,000 fr. dans l'espèce proposée. La question toutefois est controversée. Cpr. *supra* n. 974.

1127. Le respect, que méritent toujours les droits acquis à des tiers, a fait admettre une importante limitation à l'effet absolu de la

compensation, qui en principe éteint la dette de plein droit et à l'égard de tous. Cette limitation est ainsi formulée par l'art. 1298, 1re partie : « *La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un* » *tiers* ». Puis, après avoir posé le principe, le législateur en indique immédiatement une application : « *Ainsi celui qui, étant débiteur, est* » *devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses* » *mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensa-* » *tion* ».

L'exemple, que le législateur donne pour éclaircir son principe, a lui-même besoin d'éclaircissement. Notre texte suppose qu'un créancier a pratiqué une saisie-arrêt entre les mains du débiteur de son débiteur. On sait que, par suite de la saisie-arrêt, le tiers saisi ne peut pas valablement, au préjudice du saisissant, payer au saisi ce qu'il lui doit (*supra* n. 1026). Eh bien ! ce qui est vrai du paiement est vrai aussi de la compensation, parce que compenser c'est payer. Si donc, postérieurement à la saisie-arrêt, le tiers saisi devient créancier du saisi, la compensation se produira bien dans les rapports du tiers saisi et du saisi; mais le tiers saisi ne pourra pas l'invoquer à l'égard du saisissant pour se dispenser de payer, pas plus qu'il ne pourrait se prévaloir, dans le même but, du paiement qu'il aurait fait au saisi. La saisie-arrêt a fait acquérir un droit au saisissant, qui est un tiers, sur la créance saisie-arrêtée, et ce droit ne peut pas plus être compromis par une compensation que par un paiement.

Ce n'est là, nous l'avons déjà dit, qu'une application particulière, citée par le législateur à titre d'exemple, du principe que la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. On peut en citer plusieurs autres : notamment le débiteur d'une créance ne peut pas opposer au cessionnaire de cette créance la compensation des créances qui ont pris naissance à son profit contre le cédant postérieurement à la signification du transport (art. 1295 al. 2).

N° 4. De la renonciation à la compensation acquise.

1128. La compensation s'opère de plein droit : «.... les deux dettes », dit l'art. 1290, « s'éteignent réciproquement, à l'instant où » elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quo- » tités respectives ». Cette disposition, nous l'avons dit, a été édictée dans l'intérêt des parties, *propter reciprocam utilitatem;* elle simplifie leur situation en supprimant deux paiements inutiles. C'est donc une faveur légale au bénéfice de laquelle les intéressés peuvent renoncer; car les faveurs ne s'imposent pas. Conformément au droit commun, cette renonciation peut être expresse ou tacite. Quel en sera l'effet? Les choses se passeront en principe comme s'il n'y avait pas eu de compensation; par conséquent les créances éteintes par la compensation revivront, sauf cependant le respect des droits acquis à des tiers. C'est là un intérêt toujours cher au législateur; il ne permet pas, nous

l'avons vu, qu'on le sacrifie en opposant la compensation (art. 1298); il ne devait pas permettre non plus d'y porter atteinte par la renonciation à une compensation acquise.

La théorie que nous venons d'exposer, nous paraît ressortir des art. 1295 et 1299, qui prévoient deux cas particuliers de renonciation tacite au bénéfice d'une compensation acquise; la loi ne s'occupe pas de la renonciation expresse.

1129. Nous étudierons d'abord le cas prévu par l'art. 1299 ainsi conçu : « *Celui » qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut » plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se pré- » valoir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient atta- » chés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait com- » penser sa dette* ».

Je vous dois 10,000 fr.; je deviens unique héritier d'une personne à qui vous devez pareille somme; je suis donc désormais votre créancier d'une somme égale à celle que je vous dois. En supposant les deux dettes liquides et exigibles, la compensation s'opère de plein droit et les éteint l'une et l'autre. Dans ces conditions, vous venez me demander le paiement de votre créance; au lieu de vous opposer la compensation comme j'en aurais le droit, je vous paie les 10,000 fr. Quelle sera désormais ma situation envers vous? Il faut distinguer.

a. J'ai fait le paiement en connaissance de cause, c'est-à-dire sachant que ma dette était éteinte par la compensation. Sauf l'hypothèse où il sera démontré que le paiement a été fait *donationis causa,* la loi interprète la conduite des parties comme impliquant une renonciation réciproque au bénéfice de la compensation : en payant j'ai renoncé au droit de me prévaloir de la compensation qui avait éteint ma dette, et en acceptant le paiement vous avez renoncé vous-même au droit de vous prévaloir de la compensation qui avait aussi éteint la vôtre. Mon ancienne créance revit donc, et j'aurai le droit de vous en réclamer le paiement. Mais ici s'appliquera le principe, que la renonciation à la compensation acquise ne peut porter atteinte aux droits acquis à des tiers : les garanties attachées à ma créance ne revivront pas à mon profit; elles ont été éteintes par la compensation, avec la créance qu'elles garantissaient, et je ne puis par mon fait ravir aux tiers le bénéfice que leur a procuré cette extinction, par exemple exercer l'hypothèque attachée à mon ancienne créance au préjudice d'un créancier hypothécaire postérieur.

Ainsi le paiement, fait et reçu en connaissance de cause, d'une créance éteinte par la compensation, implique une renonciation réciproque des parties au bénéfice de la compensation acquise; en conséquence la loi fait revivre la créance du *solvens,* mais dépouillée de ses garanties, dont l'exercice préjudicierait à des droits acquis à des tiers. C'est bien la créance éteinte qui revit; car la loi dit : « ... ne » peut plus, en exerçant *la créance dont il n'a point opposé la compensation,* se pré- » valoir... ». Donc c'est l'ancienne créance éteinte par la compensation, que le *solvens* est autorisé à exercer sous la restriction dont il vient d'être parlé.

b. Le paiement de la créance éteinte par la compensation a été fait par erreur. Ici encore la loi fait revivre l'ancienne créance du *solvens;* elle fait même revivre les privilèges et hypothèques qui y étaient attachés, et probablement aussi le cautionnement, mais seulement si le *solvens* a eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. Ainsi, dans l'espèce proposée, si la créance, que j'aurais pu opposer en compensation, m'appartenait en qualité d'héritier d'un parent éloigné, dont j'ignorais le décès survenu récemment en pays étranger, il existe à mon profit la juste cause d'ignorance dont parle l'art. 1299, et ma créance revivra avec tous ses accessoires.

Indépendamment de l'action résultant de son ancienne créance, celui qui a payé, par erreur une dette éteinte par la compensation aurait la *condictio indebiti;* car il se trouve dans les conditions requises par l'art. 1377 pour l'exercice de cette action. La *condictio indebiti* est une action purement personnelle; mais malgré cela elle pourra quelquefois être plus avantageuse que l'action résultant de l'ancienne créance, parce qu'elle autorisera la réclamation des intérêts dans le cas particulier prévu par l'art. 1378.

1130. Le deuxième cas de renonciation tacite à la compensation acquise est prévu par l'art. 1295, qui contient en même temps dans son alinéa 2 une application du principe, que la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. Voici d'abord le texte : « *Le débiteur qui a accepté purement et simplement* » *la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au* » *cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.* » — *A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui* » *a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette* » *notification* ».

Une créance est cédée ; le débiteur de cette créance (*débiteur cédé* ou *cédé*), créancier lui-même du cédant, put-il opposer au cessionnaire, qui vient lui demander le paiement, la compensation qu'il pourrait opposer au cédant, si celui-ci n'avait pas fait la cession ? En d'autres termes, le cédé peut-il dire au cessionnaire : « Je suis créancier du cédant; s'il avait conservé sa créance, je pourrais lui opposer la compensation ; j'use envers vous du droit dont je pourrais user envers lui; il n'a pas pu m'en priver par son fait en vous cédant la créance ». La loi distingue.

a. Le débiteur cédé a accepté la cession, ou mieux le *transport;* il l'a accepté purement et simplement, c'est-à-dire sans réserves (1). Il ne pourra opposer au cessionnaire la compensation à raison d'aucune des créances qu'il peut avoir contre le cédant.

Qu'il ne puisse pas opposer au cessionnaire la compensation des créances nées à son profit postérieurement à l'acceptation du transport, cela va de soi; car, à dater de ce moment, il a cessé *erga omnes* d'être débiteur du cédant pour devenir débiteur du cessionnaire, et la compensation ne peut s'opérer qu'entre personnes qui sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Le débiteur cédé a bien été débiteur du cédant; mais il ne l'est plus au moment où il devient son créancier, et par suite il ne peut plus être question de compensation entre eux.

Mais la loi va plus loin : elle décide que le débiteur cédé ne peut même pas opposer au cessionnaire la compensation *qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant,* c'est-à-dire la compensation à raison de créances nées avant l'acceptation, fussent-elles antérieures à la cession, car le texte ne distingue pas. Ainsi vous me devez 1,000 fr.; je vous dois pareille somme; les deux dettes sont liquides et exigibles. Dans ces conditions, je cède à Paul ma créance contre vous; je lui cède donc une créance qui n'existe plus, puisqu'elle est éteinte de plein droit par la compensation (art. 1290), et par suite la cession paraît ne pouvoir produire aucun effet. Incontestablement vous avez le droit d'en opposer la nullité, ou mieux l'inexistence, au cessionnaire. Au lieu de cela vous acceptez purement et simplement le transport. La loi dit que vous ne pourrez pas opposer la compensation au cessionnaire ; vous devrez donc le payer. Pourquoi cela? Parce qu'en acceptant sans réserve le transport, vous vous êtes reconnu débiteur du cessionnaire, et vous avez renoncé par suite implicitement à lui opposer une fin de non-recevoir résultant de la compensation. La loi considère votre renonciation à la compensation comme en détruisant

(1) L'acceptation du transport est l'un des moyens légaux pour rendre le droit du cessionnaire opposable aux tiers. Il y en a un autre, qui consiste dans la notification du transport au débiteur cédé. V. art. 1690.

l'effet; elle fait revivre par conséquent les deux créances éteintes, ce qui permet de maintenir la cession faite par moi; autrement elle serait nulle, ou mieux inexistante, comme ayant pour objet une chose qui n'existe plus.

b. Supposons maintenant que le débiteur cédé n'ait pas accepté le transport. Il pourra incontestablement opposer au cessionnaire la compensation des créances nées à son profit contre le cédant avant la cession; pourra-t-il lui opposer aussi la compensation de celles qui sont nées postérieurement? La loi distingue. Il pourra opposer la compensation des créances antérieures à la notification du transport, mais non celle des créances postérieures. La raison en est que le transport ne devient opposable au débiteur cédé, qui ne l'a pas accepté, qu'à dater du jour où il lui a été notifié (arg. art. 1690); jusque-là il a le droit de se considérer comme débiteur du cédant, et par conséquent, s'il devient créancier de celui-ci, la compensation s'opère et il peut l'opposer au cessionnaire.

§ II. *De la compensation facultative.*

1131. La compensation *facultative* est ainsi nommée, parce qu'elle dépend de la volonté de l'une des parties, qui seule peut s'en prévaloir en levant un obstacle établi dans son intérêt exclusif et en l'absence duquel la compensation s'opérerait de plein droit. Ainsi j'ai déposé entre vos mains 10,000 fr., en vous donnant l'autorisation de confondre cet argent avec le vôtre; vous êtes donc débiteur envers moi, non d'un corps certain, mais d'une somme d'argent, dont je pourrai exiger la restitution quand il me plaira; je deviens votre débiteur de pareille somme. Les deux dettes étant liquides et exigibles, la compensation devrait s'opérer (art. 1291); par exception aux règles du droit commun, l'art. 1293-2° décide qu'elle n'aura pas lieu. Mais c'est là, on le comprend bien, une disposition toute de faveur pour le déposant; il a le droit par conséquent de renoncer au bénéfice qu'elle lui procure, et, s'il y renonce, l'obstacle qui s'opposait à la compensation ayant disparu, la compensation s'opèrera. Voyez un autre exemple *supra* n. 1126 al. 3.

La compensation facultative ne peut produire ses effets qu'à dater du jour où elle a été opposée; car jusque-là elle n'existe pas.

§ III. *De la compensation judiciaire.*

1132. La compensation judiciaire est celle qui peut être opérée par le juge, sur la demande reconventionnelle de la partie dont la créance ne réunit pas encore toutes les conditions requises pour la compensation légale. La demande reconventionnelle (de *reconvenire*, réattaquer, réagir : *reconvention* est synonyme de *réaction*) est une demande incidente, formée par le défendeur, et par laquelle il provoque, en vue de parvenir à la compensation, la reconnaissance ou la liquidation d'une créance qu'il prétend avoir contre le demandeur. Ainsi vous me demandez en justice une somme de 10,000 fr.; reconvention-

nellement je vous demande pareille somme, à titre de dommages et intérêts pour une cause quelconque. Si la dette de dommages et intérêts dont vous êtes tenu envers moi était liquide, la compensation s'opérerait de plein droit (art. 1290), l'unique obstacle qui s'oppose ici à la compensation étant le défaut de liquidité de la dette. Eh bien! si la liquidation est facile, le juge l'opérera et prononcera la compensation jusqu'à due concurrence. Ainsi, dans l'espèce proposée, le juge, ayant fixé par hypothèse le chiffre des dommages et intérêts à 8,000 fr., me condamnera à payer la différence, soit 2,000 fr. ; si au contraire la liquidation lui paraît trop difficile ou si elle doit entraîner trop de temps, le juge condamnera purement et simplement le débiteur de la dette liquide à payer.

SECTION V

DE LA CONFUSION

1133. « On appelle confusion, dit Pothier, le concours de deux qualités dans un même sujet, qui se détruisent ».

La confusion peut s'appliquer à des droits réels aussi bien qu'à des droits personnels. Ainsi il y a confusion en matière de servitude, lorsque les qualités incompatibles de propriétaire du fonds dominant et de propriétaire du fonds servant se trouvent réunies sur la même tête. La loi ne s'occupe ici que de la confusion des droits personnels, qui résulte du concours dans un même sujet des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur de la même obligation. Cela peut arriver principalement, lorsque le créancier succède à titre universel au débiteur, par exemple lorsqu'il devient son héritier ou son légataire universel, ou en sens inverse lorsque le débiteur succède à titre universel au créancier. Il y a en pareil cas un obstacle matériel à l'exercice du droit. Contre qui le créancier dirigerait-il des poursuites pour obtenir le paiement de la créance? Ce ne pourrait être que contre lui-même, puisqu'il est aussi débiteur ; or une semblable poursuite ne se conçoit pas. Voilà pourquoi la loi déclare le droit éteint : à ses yeux c'est la même chose de n'avoir pas de droit ou d'avoir un droit qui n'est pas susceptible d'être ramené à exécution. La loi toutefois formule ce principe en termes assez défectueux dans l'art. 1300 : « *Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la* » *même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux* » *créances* ». Il s'agit des qualités de créancier et de débiteur de la *même obligation;* alors comment la loi peut-elle dire que la réunion de ces deux qualités sur une même tête produit une extinction des *deux créances?* La compensation éteint bien deux créances; mais la confusion ne peut en éteindre qu'une. Si l'on veut donner un sens aux mots

les deux créances, il faut dire qu'ils désignent la créance active et la créance passive. Le législateur aurait ici envisagé les deux faces du droit, et notre disposition signifierait que la confusion éteint la créance et la dette.

1134. L'extinction produite par la confusion n'étant que le résultat d'une impossibilité d'exécution, on doit en conclure que l'extinction du droit n'a lieu que dans les limites de cette impossibilité. En d'autres termes, la confusion n'éteint que les droits dont elle rend l'exercice impossible. Cette idée se trouve contenue en substance dans l'adage suivant emprunté à la loi 71, D., *De fidej. et mand.,* 46. 1 : *Confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem.* La créance éteinte par la confusion doit donc être considérée comme existante, en tant qu'on ne se heurte pas à l'obstacle matériel qui a produit la confusion. Ainsi la créance éteinte par confusion doit être comptée pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible : par exemple le défunt laisse un fils unique, qui est débiteur envers lui de 100,000 fr., et un légataire universel; bien qu'éteinte par confusion, la créance du défunt contre son fils devra être comptée pour le calcul de la quotité disponible. Par application du même principe, il a été jugé que l'héritier doit comprendre dans sa déclaration de succession les créances que le défunt avait contre lui, bien qu'elles soient éteintes par la confusion.

1135. Si la cause qui a produit la confusion vient à disparaître avec effet rétroactif, la confusion sera censée ne s'être jamais produite ; par conséquent la créance éteinte revivra avec tous ses accessoires, privilèges, hypothèques, cautionnements, ou mieux elle sera censée n'avoir jamais été éteinte, en vertu de la règle *Cessante causa cessat effectus.* Il en est ainsi, notamment, lorsque l'héritier, dans la personne duquel la confusion s'était produite, fait rescinder son acceptation (art. 783).

1136. Aux termes de l'art. 1301 al. 1 : « *La confusion qui s'opère* » *dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions* ». Une dette étant garantie par une caution, le créancier devient héritier du débiteur principal, ou réciproquement. Celui sur la tête duquel réside aujourd'hui la double qualité de créancier et de débiteur pourra-t-il, se prévalant de sa qualité de créancier, poursuivre la caution? Non; en effet la caution aurait le droit de lui dire : « Vous me réclamez le paiement en qualité de créancier; mais vous êtes aussi débiteur, et comme tel tenu de me rembourser ce que je paierais en qualité de caution (art. 2028); vous ne pouvez donc pas me forcer à faire un paiement, qui me donnerait immédiatement le droit de recourir contre vous pour me rembourser. *Qui doit garantir ne peut évincer.*

L'alinéa 2 de l'art. 1301 ajoute : « *Celle* [la confusion] *qui s'opère* » *dans la personne de la caution, n'entraîne point l'extinction de l'obli-*

» *gation principale* ». Le créancier devient héritier de la caution, ou réciproquement; le cautionnement est éteint, car on ne peut pas être caution de soi-même. Mais c'est ici le lieu de se souvenir que la confusion n'éteint que les droits dont elle rend l'exercice impossible; elle n'éteint donc pas dans l'espèce l'obligation du débiteur principal, car il n'y a nulle impossibilité à ce qu'elle subsiste et à ce qu'il soit forcé de l'exécuter.

Enfin on lit dans l'alinéa final de l'art. 1301 : « *Celle* [la confusion] *qui s'opère dans la personne du créancier, ne profite à ses codébi-* » *teurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur* ». Voici l'espèce prévue et réglée par ce texte, qui aurait été plus clair si la loi eût dit : « La confusion, qui s'opère dans la personne *de l'un des codébiteurs solidaires,* ne profite aux autres que pour sa part dans la dette ». *Primus, Secundus* et *Tertius* doivent solidairement 3,000 fr.; le créancier meurt, et *Primus* devient son héritier. Il y a confusion pour la part que *Primus* devait supporter définitivement dans la dette, soit pour 1,000 fr. *Primus* ne pourra donc demander comme héritier du créancier que 2,000 fr., soit à *Secundus,* soit à *Tertius;* s'il pouvait demander le total, 3,000 fr., à l'un de ses codébiteurs, celui-ci, après avoir payé, pourrait recourir immédiatement contre lui pour 1,000 fr.; or on n'a pas le droit de demander ce que l'on est tenu de rendre aussitôt après l'avoir reçu. Même solution, si le créancier est devenu l'héritier de l'un des codébiteurs solidaires. Cpr. *supra* n. 974.

1137. Observation. — L'acceptation sous bénéfice d'inventaire empêche la confusion de se produire; car elle opère la séparation entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier (*supra* n. 200). L'acceptation pure et simple elle-même n'opère la confusion que dans la mesure du droit héréditaire appartenant à celui dans la personne duquel elle se produit. Ainsi la confusion ne s'opère que pour moitié, si le débiteur devient héritier pur et simple du créancier pour moitié.

SECTION VI

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE

1138. A l'impossible nul n'est tenu, *impossibilium nulla obligatio.* L'obligation est donc éteinte, si la prestation qui en forme l'objet est devenue physiquement ou légalement impossible. Ce principe est général; il s'applique non seulement à l'obligation de donner, mais aussi à celle de faire ou de ne pas faire. Ainsi l'obligation de peindre un tableau est éteinte par l'événement qui fait perdre la vue au peintre, tout aussi bien que l'obligation de donner un corps certain, par la perte de ce corps certain. Mais dans la pratique on n'a guère à se préoccuper de la cause d'extinction qui nous occupe que relativement

aux obligations de donner un corps certain, et on s'explique ainsi que la loi n'ait prévu que cette hypothèse. Il est dit à ce sujet dans les alinéas 1 et 2 de l'art. 1302 : « *Lorsque le corps certain et déterminé qui » était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou » se perd de manière qu'on ignore absolument l existence, l'obligation » est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et » avant qu'il fût en demeure. — Lors même que le débiteur est en demeure, » et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans » le cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût » été livrée* ».

La loi assimile au cas où la chose est détruite matériellement celui où elle se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, et celui où elle cesse d'être dans le commerce, comme il arriverait par exemple si un terrain exproprié pour cause d'utilité publique avait été incorporé au domaine public. Et en effet dans ces trois hypothèses il y a même impossibilité d'exécuter l'obligation.

1139. La cause d'extinction qui nous occupe étant fondée sur l'impossibilité d'accomplir la prestation promise, il en résulte qu'elle peut se produire, non seulement, comme le supose notre article, en ce qui concerne les obligations ayant pour objet un corps certain et déterminé, mais aussi relativement à celles qui ont pour objet *unum de certis,* par exemple un des quatre chevaux qui se trouvent dans mon écurie, ou plusieurs corps certains dus sous une alternative (art. 1195). Elle peut même exceptionnellement avoir lieu dans des obligations ayant pour objet une chose *in genere;* car il peut arriver que le genre auquel la chose appartient vienne à périr, auquel cas l'exécution de l'obligation devient impossible. Ainsi le décret du 27 avril 1848, qui a aboli l'esclavage sur toutes les terres françaises, a fait périr juridiquement le genre des esclaves, et rendu sans efficacité toutes les obligations de donner relatives à des esclaves. Mais c'est là un cas infiniment rare; aussi n'en a-t-on pas tenu compte dans l'adage *Genus nunquam perit,* et il demeure vrai en effet d'une manière presque absolue que les obligations, qui ont pour objet une chose *in genere,* ne sont pas susceptibles de s'éteindre par la cause qui nous occupe. C'est ainsi par exemple que le débiteur d'une somme d'argent ne serait pas libéré par l'incendie de tout ce qui lui appartient.

1140. Quelle que soit la cause qui a fait périr le corps certain, objet de l'obligation, il y a toujours pour le débiteur même impossibilité d'exécuter l'obligation; elle est donc éteinte dans tous les cas.

Mais le créancier, qui se trouve ainsi privé du bénéfice que devait lui procurer l'exécution de l'obligation, ne peut-il pas tout au moins demander au débiteur la réparation de ce préjudice, sous forme de

dommages et intérêts ? A la place d'une exécution réelle, qui n'est plus possible, n'a-t-il pas le droit d'exiger une exécution fictive, une exécution en argent? A cet égard, il y a lieu de distinguer : le créancier est fondé à demander des dommages et intérêts au débiteur, si la perte de la chose lui est imputable; dans le cas contraire, il n'en a pas le droit, à moins cependant que le débiteur ne se soit chargé des cas fortuits.

a. — Nous disons d'abord que le créancier a le droit de réclamer des dommages et intérêts au débiteur, si la perte de la chose lui est imputable.

La perte est imputable au débiteur, si la chose a péri par sa faute, ajoutons avec Pothier : *ou par son simple fait;* le doute, que peut faire naître à ce sujet le silence de l'art. 1302 al. 1, qui ne parle que de la faute, est dissipé par les art. 1042, 1147 et 1245. — Au cas où la chose a péri par la faute du débiteur, il y a lieu d'assimiler celui où elle a péri par un cas fortuit dont sa faute a été l'occasion : comme si la chose a été volée, parce que le débiteur avait négligé de la mettre en lieu sûr. Nous savons que la loi considère aussi comme occasionné par la faute du débiteur le cas fortuit qui a fait périr la chose pendant la demeure de celui-ci, alors du moins qu'il s'agit d'un cas fortuit qui n'aurait pas fait périr la chose, si elle eût été livrée au créancier. Et en effet, le débiteur qui est en demeure est en faute, *qui in mora est culpa non vacat,* et par suite la perte qui est une conséquence de la demeure du débiteur se trouve être par cela même une conséquence de sa faute. Arg. art. 1302 al. 2. Cpr. *supra* n. 886.

b. — Au contraire, le créancier n'a le droit d'exiger aucuns dommages et intérêts, si la perte de la chose n'est pas imputable au débiteur, c'est-à-dire si elle a péri par un cas fortuit qui n'a pas été occasionné par sa faute. La perte retombe dans ce cas sur le créancier.

Cette règle souffre cependant exception, si, par une clause spéciale de la convention, le débiteur a pris les cas fortuits à sa charge; nous avons déjà dit que l'art. 1302 al. 2 autorise cette stipulation.

1141. En résumé, trois conditions sont nécessaires pour que le débiteur soit libéré d'une manière complète envers le créancier par la perte du corps certain qui fait l'objet de son obligation ; il faut : 1° que la chose ait péri par cas fortuit; 2° que ce cas fortuit n'ait pas été occasionné par la faute du débiteur; 3° que le débiteur n'ait pas pris à sa charge les cas fortuits. En l'absence de l'une de ces trois conditions l'obligation sera bien éteinte par la perte de la chose; mais elle sera remplacée par une autre obligation, celle de payer des dommages et intérêts au créancier.

1142. L'art. 1302 al. 3 dispose que : « *Le débiteur est tenu de*

» *prouver le cas fortuit qu'il allègue* ». C'est l'application des règles du droit commun en matière de preuve. On suppose que le créancier a prouvé son droit de créance. Si le débiteur se prétend libéré, il doit prouver sa libération, et il ne lui suffit pas pour cela de démontrer que la chose a péri, il doit prouver qu'elle a péri par cas fortuit, sauf au créancier, s'il soutient que le cas fortuit a été précédé d'une faute du débiteur, qui l'a occasionné, à fournir la preuve de ce fait.

Cpr. C. cass. de Rome, 18 décembre 1884, Sir., 85. 2. 17.

1143. Disposition relative au voleur. — Aux termes de l'art. 1302 al. 4 : « *De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été* » *perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitu-* » *tion du prix* ». La rigueur de cette disposition s'explique par le peu de faveur que mérite le débiteur.

En présence des termes absolus dont la loi se sert, il paraît difficile de ne pas admettre qu'elle ait entendu rendre le voleur responsable de tous les cas fortuits indistinctement, même de ceux qui auraient également fait périr la chose si elle fût restée entre les mains de son propriétaire. C'était la décision de Pothier; et d'ailleurs, entendue autrement, la disposition qui nous occupe paraîtrait sans utilité, car il était bien évident que le voleur doit répondre des cas fortuits qui n'ont fait périr la chose que parce qu'elle était entre ses mains. Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

1144. Notre section se termine par un article qui est au moins inutile, c'est l'art. 1303, ainsi conçu : « *Lorsque la chose est périe, mise* » *hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il* » *y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose,* » *de les céder à son créancier* ». Le législateur paraît avoir ici perdu de vue le nouveau principe qu'il venait d'inaugurer dans l'art. 1138, le principe de la translation de la propriété par le seul effet du consentement des parties et indépendamment de toute tradition. Supposons la vente d'une chose mobilière; avant la tradition, elle est volée au vendeur. En droit romain, on décidait que le vendeur devait céder à l'acheteur ses actions contre le voleur, la *vindicatio* et la *condictio furtiva*. C'était tout simple; car le vendeur restant propriétaire jusqu'à la tradition, c'était en sa personne, dans l'espèce proposée, que les actions contre le voleur avaient pris naissance, et elles ne pouvaient être transmises à l'acheteur qu'en vertu d'une cession. Mais aujourd'hui la propriété est transférée par le seul consentement indépendamment de la tradition, et par conséquent c'est dans la personne de l'acheteur que les actions dérivant du vol prendront naissance, puisque c'est sa chose qui a été volée. Alors comment se fait-il que notre article parle d'une cession de ces actions faite par le vendeur à l'acheteur, ce qui suppose que l'action a pris naissance dans la personne du vendeur?

Il y a cependant un cas dans lequel l'art. 1303 pourrait recevoir son application.

Nous avons dit (*supra* n. 883) que, par une clause dont la pratique n'offre que de très rares exemples, le vendeur peut se réserver la propriété jusqu'à la livraison. Alors c'est dans sa personne que prendra naissance, au cas de vol de la chose due, l'action en revendication contre le voleur, et il devra, en vertu de notre article, céder cette action à l'acheteur. Mais, même dans cette hypothèse, l'action en indemnité, fondée sur l'art. 1382 appartiendrait au créancier indépendamment de toute cession, par la raison que c'est lui qui éprouve le dommage.

1145. Il va de soi que le créancier a le droit de réclamer, en cas de perte fortuite, les débris de la chose périe et même, en principe, ses accessoires. Ainsi je vous vends un cheval tout harnaché; avant la livraison l'animal meurt. Vous aurez droit aucuir de l'animal et même aux harnais. Car, comme le dit Pothier : « De même que *meum est quod ex re mea superest,* de même *mihi debetur quod ex re mihi debitæ superest.*

SECTION VII

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS

1146. Le code civil présente la nullité ou la rescision comme une cause d'extinction des obligations (art. 1234). Cette terminologie a besoin d'être expliquée; il semble en effet que la nullité ou la rescision ait pour résultat de faire qu'il n'existe pas d'obligation, plutôt que d'éteindre une obligation réellement existante. Voici la pensée de la loi. Il y a des obligations infectées de certains vices, qui, sans toucher à leur essence et les empêcher de naître, sont cependant assez graves pour que le législateur ait cru devoir créer une action tendant à en faire prononcer la nullité ou la rescision. Ces obligations ont donc une existence *provisoire :* elles vivent, tant que la justice n'en a pas prononcé la nullité; elles peuvent même acquérir une existence *définitive,* si on laisse écouler un certain délai sans les attaquer. Mais, si l'action est exercée en temps utile, l'obligation, qui avait existé jusque-là, est annulée ou rescindée; elle tombe, elle est éteinte par sentence du juge, comme par l'effet du paiement, de la compensation, de la perte de la chose due, etc., avec cette différence toutefois qu'elle est éteinte rétroactivement.

Cette matière est importante et compliquée; sa difficulté naturelle est encore augmentée par le désordre dans lequel se présentent les dispositions législatives. Aussi croyons-nous devoir, pour l'exposer, faire appel au secours d'une rigoureuse méthode. Nous donnerons d'abord la définition de l'action en nullité et de l'action en rescision; puis nous dirons successivement dans quels cas il y a lieu à l'une ou à l'autre action, quelle est leur durée, et enfin quels sont les effets de la nullité ou de la rescision prononcée.

§ I. *Définition de l'action en nullité et de l'action en rescision.*

1147. Pour arriver à donner de ces deux termes une définition bien précise, il faut distinguer en premier lieu la nullité d'un contrat ou d'un acte en général de son inexistence, et voir ensuite si la loi établit une différence entre la nullité et la rescision.

N° 1. Distinction des contrats nuls et des contrats inexistants.

1148. Nous avons déjà indiqué cette distinction en exposant les nullités de mariage (t. I n. n. 495 et s.).

a. — Le contrat est dit *inexistant,* quand il n'a pas d'existence légale. C'est une apparence sans réalité, un pur fait destitué de tout effet civil, en un mot le néant.

Le contrat est inexistant, lorsqu'il manque en fait de l'un des éléments essentiels à sa formation, ou lorsque, normalement formé, il viole une prescription ou une prohibition d'ordre public. D'où il suit qu'on doit considérer comme rendant le contrat inexistant :

1° Le *défaut absolu de consentement.* Ainsi l'un des contractants n'a pas encore, ou n'a plus l'usage de la raison ; ou bien il y a malentendu entre les parties sur l'objet ou la nature de la convention ;

2° Le *défaut d'objet.* Je vous vends par exemple pour un prix déterminé une chose, qui, au moment du contrat, avait péri en totalité. La vente n'a pas pu se former faute d'objet ;

3° L'*absence ou la fausseté de la cause.* Nous en avons cité des exemples *supra* n. n. 849 et s. ;

4° L'*inobservation des solennités prescrites pour la formation de certains contrats,* que pour cette raison on appelle *solennels.* C'est ainsi que la donation ne produit « *aucun effet* », quand les formalités des art. 931 et 932 n'ont pas été remplies ; il en est de même du contrat de mariage (art. 1394) et de la convention d'hypothèque (art. 2127) ;

5° Enfin la *violation d'une prescription ou d'une prohibition légale fondée sur des motifs d'ordre public.* Tels sont les pactes sur succession future, les conventions usuraires, du moins pour la portion d'intérêts qui excède le taux légal (loi du 3 septembre 1807 art. 3).

Rappelons ici que la théorie des actes inexistants est principalement fondée : 1° sur l'art. 146, aux termes duquel : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point » de consentement ». D'ailleurs si on n'admet pas la théorie du mariage inexistant, personne ne pourrait attaquer le mariage contracté par un fou ou par un mort civilement ou entre deux personnes de même sexe, l'action en nullité ne pouvant appartenir qu'à ceux auxquels la loi l'accorde ; or ici elle ne l'accorde à personne ; 2° sur l'art. 1131, aux termes duquel : « L'obligation sans cause... *ne peut avoir* » *aucun effet* ». La même formule se retrouve dans l'art. 932 ; 3° sur l'art. 1339. Si la donation nulle en la forme n'est pas susceptible de confirmation, ce ne peut être que parce qu'elle est inexistante. C'était bien la pensée de Jaubert lorsqu'il disait dans son rapport au tribunat sur le titre *Des obligations :* « Une idée vraie et simple c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé quoique manquant de force par quelque vice ».

b. — Le contrat *nul* ou *annulable* est celui qui réunit tous les éléments essentiels à sa formation, mais qui renferme un vice susceptible d'amener son annulation par la justice. A la différence du contrat inexistant, il existe légalement, et aussitôt formé il engendre tous les

effets d'un contrat valable : ainsi il crée des obligations, il transfère la propriété, il constitue un juste titre. Mais son existence est précaire, car il peut succomber sous le coup de l'action en nullité exercée en justice dans le délai fixé par la loi.

On doit considérer comme infirmant la validité du contrat, sans l'empêcher toutefois de se former :

1° Les *simples vices du consentement,* à savoir : la violence, le dol et l'erreur, auxquels la loi assimile la lésion (art. 1117 et 1118).

2° Le *défaut de capacité chez la partie qui s'oblige.* L'incapacité n'est en effet qu'une cause de nullité ou d'annulabilité, bien que l'art. 1108 paraisse en faire une cause d'inexistence en mettant la capacité sur la même ligne que le consentement, l'objet et la cause.

1149. La distinction des contrats inexistants et des contrats nuls ou annulables est capitale, et elle conduit à des conséquences pratiques trop importantes pour ne pas être soigneusement exposées.

a. — L'annulation d'un contrat nul ou annulable ne peut avoir lieu que par l'effet d'un jugement, qui la prononce expressément sur la demande des personnes auxquelles la loi accorde l'action en nullité. Il n'est pas besoin au contraire de s'adresser au juge pour détruire, pour briser un contrat inexistant; car on n'annule pas le néant. Si la justice intervient (et son intervention peut devenir nécessaire en cas de contestation), l'office du juge se réduira à constater le fait de l'inexistence du contrat et à en déduire les conséquences. Ainsi j'ai participé comme acheteur à une vente inexistante, et j'ai payé le prix; si le vendeur refuse de me le restituer, il faudra aller devant les tribunaux pour faire trancher la question; mais le juge, en statuant sur ma demande, n'annulera pas une vente qui n'existe pas; il se bornera à constater le fait de son inexistence juridique, et ordonnera par suite la restitution de la somme que j'ai indûment payée.

b. — Les contrats nuls ou annulables ne peuvent être attaqués que par certaines personnes, celles dans l'intérêt de qui la nullité a été introduite. — Au contraire l'inexistence d'un contrat peut être invoquée par tout intéressé, c'est-à-dire par tous ceux dont les droits seraient limités par les effets de ce contrat s'il avait quelque valeur. Bien plus, le juge, devant qui on se prévaudrait d'une pareille convention, pourrait l'écarter d'office en déclarant qu'elle n'a qu'une existence apparente.

c. — Quand un contrat est simplement nul ou annulable, le vice qu'il renferme peut être purgé par une confirmation ou une ratification. Cette confirmation ou ratification peut être expresse ou tacite. Il y a ratification tacite lorsque les intéressés ont gardé le silence pendant le temps assigné par la loi à la durée de l'action en nullité; l'action en

nullité est alors prescrite, et le contrat validé, puisqu'il ne peut plus désormais être utilement attaqué. Le contrat inexistant, au contraire, n'est pas susceptible d'être confirmé ou ratifié soit expressément, soit tacitement. *Quod nullum est confirmari nequit.* On peut rendre la santé à un malade, mais on ne rend pas la vie à un mort.

1150. La distinction que nous venons d'établir entre les contrats inexistants et les contrats nuls ou annulables se lit entre les lignes dans l'art. 1117 où il est dit : « La convention contractée par erreur, » violence ou dol, n'est point *nulle de plein droit;* elle donne seule- » ment lieu à une action *en nullité ou en rescision,* dans les cas et de la » manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre ». On le voit, la loi oppose ici les contrats *nuls de plein droit,* que nous avons appelés pour plus de clarté *inexistants,* aux contrats donnant seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, auxquels nous avons donné le nom de contrats *nuls* ou *annulables.* C'est précisément dans notre section, que sont établies les règles relatives à l'action en nullité ou en rescision. La partie finale du texte le dit, et en même temps elle nous donne clairement à entendre que les dispositions de cette section sont étrangères aux contrats inexistants. Comment en effet le législateur aurait-il pu se préoccuper ici de ces derniers contrats, puisqu'il nous présente la nullité ou la rescision comme une cause d'extinction des obligations, ce qui suppose une obligation qui a existé à l'origine.

N° 2. Distinction de l'action en nullité et de l'action en rescision.

1151. La distinction de l'action en nullité et de l'action en rescision était très accusée sous notre ancien droit. Elle paraît s'être introduite dans la pratique française vers le milieu du XVe siècle, à la suite de la célèbre ordonnance de Montil-lez-Tours de 1454, qui prescrivit la rédaction officielle des coutumes. Le but avoué de cette grande mesure était d'améliorer l'administration de la justice et de fixer la mobilité des règles coutumières; mais on se proposait surtout de fortifier le pouvoir central en faisant dépendre de la sanction royale leur caractère obligatoire. Toutes les coutumes, qui ne figurèrent pas dans les collections sanctionnées par le roi, cessèrent d'avoir force de loi. L'ordonnance de 1454 eut en même temps pour conséquence d'enlever aux lois romaines, lois étrangères et qui ne procédaient pas de la volonté du prince, l'autorité qui leur appartenait auparavant à l'égal de la coutume; elles n'eurent plus en France qu'une autorité morale. C'était une révolution législative; elle entraîna une transformation dans la théorie des nullités. Sous l'influence du régime nouveau, les légistes distinguèrent, au point de vue de leur origine, deux sortes de nullités. Celles qui étaient établies par les coutumes rédigées ou les ordonnances royales continuèrent à être appliquées *de plano* par le juge; mais celles qui étaient fondées sur le droit romain ou l'équité naturelle ne purent être invoquées en justice sans une autorisation expresse délivrée par le roi et venant leur conférer la force obligatoire qui leur manquait. Tel est le sens et l'origine de cette vieille règle, formulée par Loysel dans ses *Institutes coutumières :* « Voies de nullité n'ont point de lieu en France », et que son annotateur, de Laurière, complétait en ajoutant aussitôt : « Mais, quand il est question de nullités qui sont déclarées par

les ordonnances et les coutumes, les voies ou exceptions de nullité ont lieu sans lettres du prince ». Ce n'est pas que toutes les solutions du droit romain exigeassent, pour être appliquées, l'intervention du souverain. Tant qu'il ne s'agissait que de suppléer au silence de la loi vivante, le juge pouvait toujours y recourir comme expression de la raison écrite; mais il lui était défendu d'en tenir compte, lorsque ses dispositions tendaient à limiter ou à contredire le droit en vigueur, et notamment lorsqu'elles venaient infirmer les effets d'un contrat ; car, selon la législation coutumière, « toutes convenances sont à tenir », sauf celles que réprouvaient les coutumes ou les ordonnances. Dans ce conflit, les tribunaux ne pouvaient appliquer que le droit de la coutume. Les parties, intéressées à l'application des nullités dérivant du droit romain, étaient donc obligées de s'adresser au roi, pour qu'il donnât à ses juges, par lettre émanée de sa chancellerie, l'ordre exprès de *rescinder* le contrat qui se trouvait entaché d'une de ces nullités. C'étaient les *lettres de rescision*. De là le nom d'*action en rescision* pour désigner l'action servant à faire valoir les nullités qui avaient une telle origine, et on réserva la qualification d'*action en nullité* pour les nullités d'ordonnance et les nullités de coutume.

On voit par ce qui précède qu'il existait entre ces deux sortes d'actions une double différence : d'abord au point de vue des *causes* qui leur donnaient ouverture, et ensuite quant à la *manière de les intenter*. Tandis que le demandeur en nullité pouvait porter directement son action devant les tribunaux, le demandeur en rescision devait se munir préalablement de lettres de rescision. Mais cette seconde différence n'avait aucune portée juridique. Les lettres de rescision étaient délivrées sur simple requête par les chancelleries des parlements, qui les octroyaient sans examen de l'affaire et ne les refusaient jamais. C'était donc une pure formalité de procédure, que son caractère fiscal contribua à généraliser, et ensuite à maintenir quand les raisons historiques qui l'avaient fait admettre eurent disparu. A ces deux différences, il faut en ajouter une troisième, importante celle-là, au point de vue de la *prescription*. L'action en rescision se prescrivait par dix ans seulement; l'action en nullité au contraire ne se prescrivait que par trente ans, sauf exception pour l'action en nullité fondée sur l'inobservation des formes spéciales exigées dans l'intérêt des mineurs, qui était soumise à la prescription décennale, comme l'action en rescision qu'ils auraient eue à intenter pour cause de lésion.

Lorsqu'éclata la révolution, les causes politiques, qui avaient conduit à séparer ces deux actions pour les assujettir à un régime différent, avaient depuis longtemps cessé d'exister; les conséquences pratiques de cette distinction durent également disparaître. D'abord la loi des 7-11 septembre 1790 supprima les chancelleries, et abolit les lettres de rescision (art. 20 et 21); et, quelques années après, le code civil, dans l'art. 1304, soumit à la même prescription, celle de dix ans, toutes les actions tendant à faire prononcer l'annulation d'un contrat. L'assimilation des actions en nullité et des actions en rescision est donc complète ; et, pour marquer encore davantage la fusion des deux actions en une seule, le législateur de 1804 leur donne une qualification unique, celle d'*action en nullité ou en rescision,* qui ne rappelle la distinction de l'ancien droit que pour la mieux abroger. Mais faut-il en conclure que la loi actuelle place absolument sur la même ligne la nullité et la rescision? La conclusion serait trop absolue, comme nous allons le voir.

1152. Terminologie. — Dans de nombreux textes du code civil, les expressions *nullité, rescision,* et les adjectifs qui en sont dérivés, *nul, annulable, rescindable,* paraissent avoir été employés indifféremment et comme absolument synonymes. Voyez notamment art. 887 al. 1, 892, 1110, 1111, 1113, 1117, 1304, 1338. Mais il est remarquable

que, lorsqu'il s'agit particulièrement de la nullité qui a sa source dans la lésion, le législateur affecte d'employer exclusivement l'expression *rescision* et ses dérivés, quelquefois celle de *restitution* (art. 887 al. 2, 1305, 1306, 1310, 1311, 1313, 1674). Le mot *rescision* a donc deux sens dans le langage du code civil : un sens large, dans lequel il comprend toutes les nullités quelle qu'en soit la cause, et un sens restreint, dans lequel il ne désigne plus que la nullité fondée sur la lésion. C'est toujours dans ce sens restreint qu'est pris le mot *rescision,* lorsque l'on oppose l'action en rescision à l'action en nullité. On entend alors désigner par *action en rescision* celle qui a sa source dans la lésion, et par *action en nullité* celle qui est fondée sur une autre cause d'annulation quelle qu'elle soit.

* Mais il ne faut pas exagérer cette différence, et dire, comme le font plusieurs, que l'action en nullité est fondée sur ce que la convention attaquée ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité, tandis que l'action en rescision suppose une obligation valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion. C'est aller trop loin. La lésion est un vice spécial du consentement, inhérent à la constitution même du contrat et contemporain de sa formation, de même que l'erreur, la violence ou le dol, et par conséquent l'acte qui en est atteint ne réunit pas les conditions nécessaires à sa validité. A cet égard, l'action en rescision est de même nature que l'action en nullité, et elles produisent les mêmes effets. — Il faut se garder aussi d'une autre exagération en sens contraire, qui consiste à ne voir entre ces deux actions qu'une différence de terminologie, commode tout au plus pour distinguer, dans la théorie générale des nullités, l'espèce du genre. Elles diffèrent en effet par leur *cause*. Le fondement de l'action en rescision repose sur l'existence d'un préjudice dans la mesure déterminée par la loi. Par conséquent il suffira au demandeur de l'établir pour obtenir la rescision de la convention, alors même qu'elle serait irréprochable à tous les autres points de vue. L'action en nullité est au contraire fondée sur toute autre cause d'invalidité des conventions laquelle peut être le dol, l'erreur, l'incapacité, le défaut de formes, etc. Donc, quand le demandeur aura prouvé le fondement, quel qu'il soit, de son action, le juge devra prononcer la nullité, sans qu'il soit nécessaire qu'aucune lésion ait été subie. Cette différence dans le principe de l'une et de l'autre action conduit à une conséquence nécessaire, qui limite l'intérêt pratique de la distinction. Les causes, qui donnent lieu à l'action en nullité, sont de leur nature irréparables, du moins en l'absence de toute confirmation expresse ou tacite; le juge ne pourrait pas, sans violer la loi, refuser de prononcer la nullité, et obliger celui qui la demande à recevoir seulement une indemnité. Il en est autrement de l'action en rescision : elle peut être arrêtée par l'offre d'une indemnité pécuniaire suffisante pour effacer la lésion. Il est vrai que la loi ne le dit expressément que pour le partage (art. 891) et pour la vente (art. 1681). Mais c'est là un principe général applicable à toute action en rescision. Cette action étant uniquement fondée sur la lésion que le demandeur éprouve, si le défendeur offre de réparer le préjudice, la demande doit tomber, parce qu'elle n'a plus de raison d'être. Le vice qui justifie la rescision, est en soi parfaitement réparable.

§ II. *Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de nullité ou par voie de rescision.*

N° 1. Cas d'application de l'action en nullité.

1153. Nous nous proposons de parler seulement des nullités dont le règlement fait l'objet de la section VII ; quant à celles qui résultent des dispositions éparses dans le code civil (art. 472, 1554 et ss., 1596, 1597, 1599), il en a été ou il en sera traité à l'occasion des matières auxquelles elles se rapportent.

Dans les articles que nous expliquons maintenant, le législateur n'a en vue que les conventions ; et, pour les conventions, les actions en nullité dont il s'occupe sont :

1° Celles fondées sur les vices du consentement, *erreur, violence* ou *dol,* art. 1304 ;

2° Celles qui dérivent de l'*incapacité* de l'obligé (art. 1304). Les obligations conventionnelles sont annulables pour cette cause, lorsqu'elles ont été contractées par un interdit, par une femme mariée non autorisée (art. 1124) ou par une personne soumise à un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil dans les cas où elle est exigée (art. 499 et 513). C'est à dessein que nous omettons sur cette liste les mineurs, dont l'incapacité a reçu de la loi une organisation différente ; nous avons déjà dit (*supra* n. 831) et nous établirons tout à l'heure qu'ils sont incapables, non pas de contracter, mais de se léser par un contrat.

3° Les actions en nullité fondées sur la violation des *formes spécialement prescrites pour certains actes dans l'intérêt des mineurs et des interdits.* C'est ainsi que la vente d'un immeuble appartenant à un mineur ne peut être consentie sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Ces formes et les actes qu'elles doivent accompagner sont indiqués dans les art. 457 à 467 pour les mineurs non émancipés, et dans les art 483-484 pour les mineurs émancipés. Il faut les distinguer avec le plus grand soin des formalités exigées pour la formation de certains contrats, et dont l'absence entraîne l'inexistence même de l'acte juridique. Car elles ont un tout autre caractère ; leur objet est de garantir d'une manière plus efficace les intérêts de certains incapables, et elles constituent en réalité une condition complémentaire de leur capacité. Aussi l'inobservation de ces formes a-t-elle seulement pour effet de rendre la convention nulle ou annulable et non inexistante (Leipzig, 13 juin 1884, Sir., 85. 4. 17). Il est vrai que le code ne prononce pas dans ce cas de nullité textuelle ; il se borne à dire qu'on *ne peut pas* vendre, transiger, etc., sans observer les formalités qu'il prescrit. Mais la nullité découle virtuellement de la prohibition de la loi et du but qu'elle s'est proposé en les établissant.

La convention étant nulle ou annulable, il en résulte d'abord, et c'est la loi elle-même qui exprime cette conséquence dans le cas particulier où le mineur a agi seul, que cette convention peut être confirmée par l'incapable devenu capable. « *Il* » [le mineur] *n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit* » *en minorité, lorsqu'il l'a* RATIFIÉ *en majorité, soit que cet engagement fût* NUL EN » SA FORME, *soit qu'il fût seulement sujet à restitution* » (art. 1311). Il en résulte encore que l'action en nullité n'appartient qu'à ceux dans l'intérêt de qui elle a été établie; elle ne peut être exercée que par l'incapable, ou en son nom par son tuteur (arg. art. 1125).

La nullité est attachée au seul fait de l'inaccomplissement des formes prescrites. Elle est donc encourue, soit que l'acte émane du tuteur seul, soit qu'il ait été accompli par le mineur non émancipé en l'absence de son tuteur, ou par le mineur émancipé assisté ou non de son curateur. Nous n'ajoutons pas : ou par l'interdit, parce qu'à la différence du mineur il figure, nous venons de le voir, parmi les incapables de contracter, et que dès lors il n'y a en ce qui le concerne aucun intérêt à distinguer la nullité de forme de celle qui provient de son incapacité. — Au contraire, l'observation des formalités prescrites rend l'acte tout aussi valable que s'il avait été passé par une personne jouissant du plein exercice de ses droits civils. « *Lorsque* » *les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation* » *d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relati-* » *vement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant* » *l'interdiction* » (art. 1314). Cette disposition suppose manifestement que l'acte a été accompli par ceux qui en avaient le droit, c'est-à-dire par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs, ou par le mineur émancipé assisté de son curateur dans les cas où cette assistance suffit. Ces conditions remplies, l'acte ne peut être annulé ni pour défaut de formes ni pour cause d'incapacité; mais est-il rescindable pour cause de lésion ? C'est ce que nous allons maintenant examiner.

N° 2. Cas d'application de l'action en rescision.

1154. Au point de vue de l'action en rescision pour cause de lésion, la loi a établi entre les majeurs et les mineurs deux principales différences.

PREMIÈRE DIFFÉRENCE. Pour les majeurs, *la lésion n'est pas en principe une cause de rescision;* ce n'est que par exception qu'elle a ce caractère. Le code, qui avait posé ce principe dans l'art. 1118 à propos des conventions, le formule de nouveau dans l'art. 1313, mais en le généralisant : « *Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion, que* » *dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le pré-* » *sent Code* ». Ces cas, énumérés limitativement par la loi, sont l'acceptation de succession (art. 783), le partage d'une masse indivise (art. 887, 1079, 1476, 1872) et la vente d'un immeuble (art. 1674). Nous avons expliqué (*supra* n. 819) les motifs qui ont poussé le législateur à restreindre dans d'aussi étroites limites les effets de la lésion entre majeurs.

Relativement aux mineurs, la lésion est au contraire *une cause générale de rescision des conventions.* Non seulement ils peuvent l'invoquer dans les mêmes cas et de la même manière que les majeurs, mais en

outre ils sont admis à faire tomber pour cette cause toutes les conventions qu'ils auraient consenties eux-mêmes en dehors des limites de leur capacité. C'est là une faveur qui leur est accordée *propter ætatem*. La loi suppose qu'avant d'avoir atteint l'âge légal de la majorité ils n'ont pas assez d'expérience et de jugement pour s'obliger seuls d'une manière pleinement valable. Néanmoins, comme cette présomption est parfois démentie par les faits, et qu'un acte émané d'un mineur peut lui être profitable, la loi ne lui permet pas de faire annuler l'acte en se bornant à alléguer son incapacité; elle l'autorise seulement à le faire rescinder en prouvant qu'il lui a été préjudiciable. C'est une sage conciliation de la protection due aux mineurs avec le principe de la stabilité des contrats.

L'action en rescision, ainsi accordée contre toutes sortes de conventions, constitue donc un privilège personnel aux mineurs. D'où il suit qu'elle n'appartient, ni aux personnes capables qui ont traité avec eux (art. 1125), ni même à leurs coobligés, codébiteurs solidaires ou cautions (art. 1208, 2012 al. 2). Mais de ce qu'elle n'a été introduite qu'en faveur des mineurs, il ne faut pas conclure qu'elle est intransmissible comme exclusivement attachée à leur personne. C'est un droit pécuniaire qui fait partie du patrimoine; elle passe donc à leurs héritiers, et peut être exercée en leur nom par leurs créanciers (art. 1166). V. *supra* n. n. 909 et ss.

Seconde différence. La loi détermine toujours la *quotité de la lésion* dans les cas où elle admet que la lésion peut être pour les majeurs une cause de rescision. C'est ce qu'exprime l'art. 1313 précité, lorsqu'il dit que les majeurs ne sont restitués que sous les *conditions* » spécialement exprimées dans le présent Code ». Ainsi les partages ne sont rescindables que pour lésion *de plus du quart* (art. 887, 1079); la vente ne l'est que pour lésion de plus de sept douzièmes, et seulement s'il s'agit d'un immeuble (art. 1674). Au contraire, la loi ne fixe pas l'importance de la lésion, qui est nécessaire pour faire rescinder les conventions passées par les mineurs. L'art. 1305 dispose même que *la simple lésion* donne ouverture en leur faveur à une action en rescision. La simple lésion, c'est-à-dire une lésion quelconque, pourvu toutefois qu'elle soit appréciable. *De minimis non curat prætor.*

Une seule condition est exigée : c'est que le *préjudice procède de l'acte même qui est attaqué*. Le mineur par exemple a acheté 2,000 fr. une chose qui n'en vaut que 1,000; dans cette hypothèse, la lésion est une conséquence directe et intrinsèque de la vente conclue par l'incapable. Mais il y aurait également lieu à rescision, dans le cas où la lésion ne serait qu'une conséquence médiate et plus ou moins éloignée de l'acte attaqué. Ainsi le mineur a acheté un immeuble à sa vraie valeur, voire même à un prix avantageux; mais il n'a pas l'argent nécessaire pour payer, et il se trouve placé sous le coup de poursuites rigoureuses, de saisies, d'expropriation, qui l'exposent à des frais considérables. Ou bien il a emprunté une somme d'argent, et

l'a dissipée en folles dépenses. Dans ces hypothèses, la lésion a pour cause immédiate l'imprudence ou l'esprit de dissipation du mineur; le contrat n'en a été que l'occasion; mais cela suffit; car c'est précisément pour mettre les mineurs à l'abri des suites de leur légèreté et de leur inexpérience que la loi leur accorde le secours de la rescision.

L'équité pourtant imposait une limite, qui se trouve formulée dans l'art. 1306 : « *Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un* » *événement casuel et imprévu* ». La loi a voulu protéger les mineurs contre leur propre faiblesse, et non contre les accidents, cas fortuits ou de force majeure, dont les personnes capables ne peuvent pas se garantir elles-mêmes.

1155. L'action en rescision, considérée comme privilège personnel aux mineurs, est accordée dans une mesure différente aux mineurs émancipés et aux mineurs non émancipés. L'art. 1305, qui est le siège de la matière, est ainsi conçu : « *La simple lésion donne lieu à la resci-* » *sion en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de con-* » *ventions; et, en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions* » *qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au* » *titre* de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation ».

Il faut bien croire que la rédaction de cet article laisse à désirer, puisqu'il a donné lieu pendant longtemps à de vives controverses. Mais de la discussion a jailli la lumière, et aujourd'hui on est à peu près d'accord sur son interprétation. Aussi croyons-nous inutile de reproduire les divers systèmes que cette disposition a fait naître ; nous nous bornerons à exposer l'opinion qui prévaut en doctrine et qui seule est connue dans la pratique. On peut la résumer en paraphrasant l'art. 1305 de la manière suivante :

Le secours de l'action en rescision est accordé au mineur pour toutes les conventions qu'il a passées personnellement et qui excèdent les bornes de sa capacité.

Par conséquent le mineur non émancipé *est autorisé à attaquer par l'action en rescision toutes les conventions qu'il a faites lui-même, sans distinction, car toutes excèdent les bornes de sa capacité, puisqu'il est frappé d'une incapacité générale de contracter* (art. 1124).

Au contraire le mineur émancipé *est privé du bénéfice de l'action en rescision pour toute une catégorie de conventions, celles qui rentrent dans le cercle des actes de pure administration, car dans cette sphère il est aussi capable qu'un majeur* (art. 481). *L'action en rescision n'est donc possible que pour les autres actes et encore ne l'est-elle pas toujours.*

Nous allons justifier successivement ces deux propositions.

I. *Mineurs non émancipés.*

1156. Les actes, qui intéressent un mineur non émancipé, rentrent nécessairement dans l'une ou l'autre de ces trois catégories :

Ou bien l'acte a été accompli par le *tuteur seul*. Telle est aujourd'hui la règle. On sait en effet que, dans notre droit, à la différence de ce qui se pratiquait à Rome, ce n'est pas le mineur qui agit avec l'autorisation de son tuteur; c'est le tuteur qui agit et qui représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450);

Ou bien l'acte émane du *mineur seul*. C'est là une infraction aux principes de la tutelle; l'hypothèse toutefois est susceptible de se produire en fait, et la loi l'a prévue;

Ou enfin l'acte a été passé par le *mineur et le tuteur ensemble*, ou, comme on dit souvent, sous la pression d'un souvenir du droit romain, par le mineur avec l'autorisation de son tuteur. Ce troisième cas se confond avec le premier; car le tuteur, par cela seul qu'il a figuré dans l'acte, y a consenti et se l'est par suite approprié; c'est absolument comme s'il avait agi lui-même et lui seul.

De sorte qu'il ne reste que deux hypothèses en présence : celle où l'acte a été ou est censé avoir été accompli par le tuteur, et celle où il a été fait par le mineur seul. Quelle est celle qui donne ouverture à l'action en rescision?

a. L'acte émane du tuteur seul.

1157. Cette hypothèse ne soulève aucune difficulté, lorsque, l'acte étant soumis pour sa validité à l'accomplissement de certaines formes, le tuteur ne les a pas observées. Nous venons de voir (*supra* n. 1153) qu'alors il est nul en la forme.

Nous n'avons à nous préoccuper que du cas où l'acte a été régulièrement fait par le tuteur, par conséquent avec les formalités prescrites dans les cas où la loi en exige. Cet acte est absolument inattaquable, quelles qu'en soient les conséquences, et *le mineur n'a contre lui ni l'action en nullité ni l'action en rescision.* — Il n'a pas l'action en nullité, car la nullité est une peine attachée à l'inobservation d'une règle légale; on n'annule pas les actes accomplis conformément aux prescriptions de la loi. — L'acte n'est pas rescindable non plus pour cause de lésion. Autrement le but même de la tutelle ne serait pas atteint. Le tuteur est une personne capable, que la loi institue le représentant du mineur pour couvrir son incapacité, c'est-à-dire pour lui permettre d'agir comme s'il était majeur. Par l'effet de cette représentation juridique, l'incapable devient capable; et quand le tuteur s'oblige en son nom, le mineur est obligé comme s'il était majeur. Donc, pas plus qu'un majeur, il n'est fondé à invoquer la lésion. Il peut se faire que la convention lui cause un préjudice; la loi a pourvu à cette éventualité dans un sens conforme aux principes : elle accorde au mineur contre son tuteur, si celui-ci est en faute, une action en dommages et intérêts (art. 450 al. 2), et cette action est même garan-

tie par une hypothèque légale. D'un autre côté, la loi considère la lésion comme un vice du consentement; il consiste, soit dans une fausse appréciation des avantages que l'on croyait retirer du contrat, soit dans la présomption que ce contrat a été consenti sous la pression d'un besoin d'argent. Donc, pour pouvoir demander la rescision du contrat en invoquant ce vice du consentement, il est une condition nécessaire : c'est qu'on ait été *partie* à l'acte. On conçoit donc que le mineur agisse en rescision, quand c'est lui-même qui a contracté en l'absence de son tuteur. Mais, si c'est le tuteur qui a consenti, le mineur ne saurait prétendre évidemment que son propre consentement a été vicié, ni même celui de son représentant ; car la lésion ne vicie que le consentement des mineurs, il ne vicie pas celui des majeurs. Il est sage sans doute de protéger les mineurs contre la faiblesse de l'âge et d'organiser dans ce but certaines garanties. Mais ce serait exagérer la protection, et même nuire à ceux que l'on veut protéger, que d'infirmer les actes pour l'accomplissement desquels on a pris toutes les précautions légales. Les mineurs ne trouveraient que difficilement à contracter, ou ils ne pourraient le faire qu'à des conditions désavantageuses, s'il n'était pas possible de traiter en sécurité avec leurs tuteurs. — Il n'y a qu'un cas où les actes régulièrement passés par le tuteur seraient rescindables pour cause de lésion : c'est celui où les actes du majeur pourraient être critiqués pour la même cause.

b. L'acte a été fait par le mineur seul.

1158. Si l'acte était un de ceux pour lesquels la loi à raison de leur importance a prescrit des formalités particulières, telles que l'autorisation du conseil de famille, l'absence de ces formalités, qui rend l'acte nul quand il émane du tuteur, produit à plus forte raison le même effet, quand il a été passé par le mineur tout seul.

Mais supposons que l'acte rentre parmi ceux que le tuteur aurait pu faire sans avoir à remplir aucune formalité particulière; il s'agit par exemple du bail d'un bien appartenant au mineur. Il est bien certain que l'acte ayant été passé en contravention formelle avec la loi, n'est pas pleinement valable. L'institution protectrice de la tutelle serait absolument illusoire, si le mineur qui s'en est affranchi se trouvait tenu d'une manière aussi solide que lorsque son représentant légal lui a prêté son entremise. Mais cette invalidité consiste-t-elle dans une véritable nullité, ou bien dans la possibilité d'une rescision pour cause de lésion ? Ce serait incontestablement la nullité, si l'absence du tuteur, d'où provient tout le mal, constituait un vice de forme. Dans le système romain, où le pupille agissait lui-même *tutore auctore,* l'autorisation du tuteur pouvait être à bon droit considérée comme une forme requise pour la validité des obligations contractées par le pupille.

Mais il n'y a plus aujourd'hui d'*auctoritas tutoris;* elle ne se conçoit pas, sous l'empire d'une législation qui refuse au mineur non émancipé le droit d'agir lui-même et qui lui donne un mandataire chargé de le représenter dans tous les actes de la vie civile. Peut-on dire que l'autorisation est une forme, alors que la loi ne prescrit pas d'autorisation du tout? La vérité est que l'acte fait par le mineur aurait dû être fait par son tuteur. Il n'est pas vicié en sa forme; seulement il émane de celui qui n'avait pas le droit ou la capacité de le faire. La source de son invalidité ne peut donc être que l'incapacité de son auteur. Par conséquent la question se réduit à savoir quel est l'effet de l'incapacité du mineur non émancipé. Or il résulte de l'art. 1305 que les engagements, contractés par les mineurs en l'absence de leurs tuteurs, ne sont pas nuls, mais seulement rescindables pour cause de lésion. Pour les faire tomber, il ne leur suffit pas de prouver qu'ils les ont souscrits en minorité; ils doivent établir en outre qu'ils en ont reçu un préjudice. *Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus.* En effet, ce qui donne lieu, d'après l'art. 1305, à l'action en rescision au profit du mineur non émancipé, ce n'est pas le fait d'avoir contracté, mais bien de s'être lésé en contractant; l'art. 1305 nous explique ainsi la portée de cette formule de l'art. 1125 que le mineur ne peut attaquer ses engagements que dans les cas prévus par la loi. Tout doute doit d'ailleurs disparaître devant les explications formelles qui ont été données sur notre sujet par les rédacteurs même du code; elles ont ici la valeur d'un commentaire officiel. « On peut contracter avec les mineurs, disait Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs au corps législatif; mais, s'ils sont lésés, on est censé avoir abusé de leur âge. *Leur capacité cesse pour tout acte qui leur est préjudiciable...* Le résultat de leur incapacité, ajoutait-il, est DE NE POUVOIR ÊTRE LÉSÉS, ET NON DE NE POUVOIR CONTRACTER ».

Telle est à notre avis la portée de l'art. 1305 en ce qui concerne les mineurs non émancipés. D'ailleurs, si on ne l'appliquait pas aux actes que le mineur accomplit tout seul, il demeurerait sans application possible, puisqu'il est totalement étranger, nous venons de le démontrer, aux actes dans lesquels le mineur a été représenté par son tuteur.

II. *Mineurs émancipés.*

1159. Aux termes de l'art. 1305 : « La simple lésion donne lieu à » la rescision... en faveur du mineur émancipé, contre toutes conven- » tions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déter- » minée au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation* ».

Il est bien certain d'ailleurs que cette disposition ne vise pas les conventions, ou plus généralement les actes que le mineur émancipé

a le pouvoir d'accomplir seul, c'est-à-dire ceux qui ne sont que de pure administration ; car ces actes *n'excèdent pas les bornes de sa capacité*. En aucun cas il ne peut, sur le fondement de sa minorité, en obtenir la rescision pour cause de lésion (art. 481. V. t. I, n. 1136). Il peut seulement, au cas d'excès, en obtenir la réduction (art. 484 al. 2). Mais il ne faut pas confondre cette action en réduction avec l'action en rescision de l'art. 1305. Les engagements excessifs sont toujours lésionnaires, en ce sens qu'ils sont nécessairement désavantageux et préjudiciables; mais la lésion est susceptible d'exister sans qu'il y ait excès; car elle peut provenir d'une simple disproportion entre ce qu'on donne et ce qu'on reçoit (art. 1675). Ces deux actions diffèrent, non seulement dans leur cause, mais aussi dans leurs effets. La rescision fait tomber l'acte tout entier, il est censé n'avoir jamais existé; la réduction a simplement pour effet de restreindre un engagement et de le ramener dans les sages limites que la prudence conseillait de ne pas franchir.

En second lieu, l'art. 1305 ne vise pas les actes que le mineur émancipé a faits assisté de son curateur et qu'il avait pouvoir de faire avec cette seule assistance. Ces actes, ainsi accomplis, *n'excèdent pas non plus les bornes de sa capacité.* Sans doute le mineur n'avait pas la capacité de les faire seul; mais un incapable devient capable, lorsqu'il est assisté de celui dont la présence à l'acte a pour but de le relever de son incapacité. La femme mariée ne cesse-t-elle pas d'être incapable, quand elle est autorisée?

On distingue, au point de vue de la capacité du mineur émancipé, une troisième classe d'actes : ce sont ceux pour lesquels la loi exige certaines formalités, telles que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (art. 483 et 484). L'art. 1305 y est encore absolument étranger. De deux choses l'une en effet : ou le mineur émancipé a observé les formalités légales, et alors l'acte, satisfaisant à toutes les conditions de validité, est censé accompli par un majeur; ou bien ces formalités n'ont pas été remplies, et l'acte sera, non pas rescindable pour cause de lésion, mais nul en la forme, de sorte qu'il suffira, pour en faire prononcer la nullité, de prouver que les formes prescrites n'ont pas été observées.

Enfin, quant aux actes qui sont absolument interdits au mineur émancipé, tels que la donation entre vifs, le compromis, etc., on ne peut douter qu'ils ne soient également frappés de nullité.

Il ne reste plus qu'un cas pour l'application de notre article : c'est celui où le mineur émancipé à accompli *seul* un acte pour lequel l'assistance du curateur était suffisante, mais nécessaire. Telle est l'hypothèse que le législateur a eue en vue, lorsqu'il a accordé au

mineur émancipé le bénéfice de la rescision. C'est en effet le seul cas où l'acte excède les bornes de sa capacité, sans cependant encourir la sanction de la nullité.

1160. Résumé. — En résumé, l'action en rescision pour cause de lésion de l'art. 1305, qui constitue un privilège spécial à la minorité, appartient au mineur non émancipé contre toutes les conventions qu'il a passées *seul*, c'est-à-dire sans l'assistance de son tuteur, et au mineur émancipé contre toutes les conventions pour lesquelles l'assistance de son curateur était nécessaire et suffisante, lorsque cette assistance n'a pas été obtenue.

On voit que l'incapacité du mineur diffère grandement de celle de la femme mariée et de l'interdit. Le mineur n'est pas incapable de contracter mais tout au plus de se léser par un contrat. Au contraire la femme mariée et l'interdit sont véritablement incapables de contracter. Les contrats passés par une femme mariée non autorisée, ou par un interdit pendant qu'il est dans les liens de l'interdiction, devront être annulés sur leur demande, sans qu'ils aient à démontrer l'existence d'aucune lésion à leur préjudice.

III. *Exceptions.*

1161. Il y a quelques cas exceptionnels, dans lesquels les mineurs, émancipés ou non, se voient refuser le bénéfice de la rescision pour cause de lésion, quoiqu'ils se trouvent dans les conditions de l'art. 1305. Nous allons les parcourir.

1° « *Il* [le mineur] *n'est point restituable contre les obligations résultant* » *de son* DÉLIT *ou* QUASI-DÉLIT » (art. 1310). Les jurisconsultes romains disaient aussi : *Et placet in delictis minoribus non subveniri* (l. 9 § 2, D., *De min. XXV ann.*, IV, 4,). Bigot-Préameneu explique ainsi, dans son exposé des motifs, la cause de cette exception : « Ce n'est pas une convention, dans laquelle la personne qui aurait traité avec le mineur aurait eu un profit à son préjudice ; elle ne profite point, elle ne fait que recevoir l'indemnité ; et quiconque peut se rendre coupable d'une faute doit en subir la peine ». *Malitia supplet ætatem*, dit la loi 3, C., *Si minor se maj. dix.*, II, 43. Ainsi le mineur est déchu du bénéfice de la rescision, quand il a employé des manœuvres dolosives pour faire croire à sa majorité, par exemple s'il a exhibé un faux acte de naissance.

Toutefois, aux termes de l'art. 1307 : « *La simple déclaration de* » *majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution* ». « La simple déclaration », dit la loi, c'est-à-dire celle qui n'est accompagnée d'aucun acte tendant à tromper les tiers sur le fait de la minorité. Le mensonge ici n'est pas considéré comme un délit.

On aurait pu en douter, d'autant plus que l'autre partie n'a pas d'imprudence à se reprocher, puisqu'elle a fait expliquer le mineur sur son âge. Mais le législateur a préféré exposer à la rescision quelques contractants de bonne foi, plutôt que de laisser subsister un moyen d'éluder la disposition protectrice de l'art. 1305. Ce moyen, déjà souvent employé sous l'ancien droit pour mettre obstacle à la restitution des mineurs, consiste à faire insérer dans l'acte une déclaration de majorité; l'incapable aurait presque toujours consenti à la signer pour obtenir l'objet de sa stipulation, et la clause serait peu à peu devenue de style. Après tout, celui qui traite avec un mineur peut facilement vérifier la sincérité de ses affirmations, en se faisant représenter un extrait de son acte de naissance.

2° Les nécessités du commerce et de l'industrie ont fait admettre une seconde exception relativement aux *mineurs commerçants* et aux *mineurs artisans*. La faculté de faire rescinder leurs engagements, quand ils leur sont préjudiciables, les eût privés du crédit dont ils ont besoin pour exercer leur profession. Cette exception est contenue dans l'art. 1308 : « *Le mineur, commerçant, banquier ou artisan, n'est* » *point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son* » *commerce ou de son art* ».

Pour acquérir la qualité de commerçant, ou celle de banquier qui lui est assimilée, il ne suffit pas, lorsqu'on est mineur, d'accomplir des actes de commerce ou de banque; il faut en outre remplir certaines conditions de capacité, qui sont indiquées par l'art. 2 du code de commerce. La loi n'en trace aucune pour acquérir la qualité d'artisan. L'artisan, qu'il ne faut confondre ni avec le fabricant ni avec l'ouvrier, est celui qui exerce un art mécanique *par lui-même et pour son propre compte*.

3° La troisième exception est écrite dans l'art. 1309 : « *Le mineur* » *n'est point restituable contre les* CONVENTIONS PORTÉES EN SON CONTRAT » DE MARIAGE, *lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assis-* » *tance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son* » *mariage* ». Le siège de la matière est dans l'art. 1398 qui reproduit en la complétant la disposition que nous venons de transcrire. C'est là que nous l'étudierons.

4° Il est encore une certaine catégorie d'obligations, contre lesquelles le mineur n'est pas restituable : ce sont celles qui se forment malgré l'incapacité personnelle de l'obligé. Telles sont les obligations légales (v. art. 432, 1370).

III. *De la durée des actions en nullité et en rescision.*

1162. Les actions en nullité et en rescision, une fois nées, durent tant que l'acte annulable ou rescindable n'est pas validé. Or il peut l'être de deux manières : 1° par la confirmation, c'est-à-dire par la renonciation au droit que l'on a d'en poursuivre l'infirmation à raison du vice dont il est infecté; 2° par l'écoulement du delai de dix ans. Le code pose le principe de la confirmation dans l'art. 1311 ; mais il n'en trace les règles qu'au chapitre *De la preuve* (art. 1338 à 1340). Nous

suivrons cette méthode, quoique défectueuse, pour ne pas altérer trop profondément l'ordre de la loi. Quant au second mode de validation, le laps de temps, c'est le moment de l'expliquer; car il fait l'objet de l'art. 1304, qui est le premier de notre section et dont voici les termes : « *Dans les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention » n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette » action dure dix ans. — Ce temps ne court, dans le cas de violence, » que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où » ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées » non autorisées du jour de la dissolution du mariage. — Le temps ne » court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'inter- » diction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du » jour de la majorité* ».

La simple lecture de ce texte suggère à l'esprit quelques remarques préliminaires.

D'abord le délai de dix ans, qu'il assigne comme maximum à la durée des actions en nullité ou en rescision des conventions, est une *dérogation* au principe, qui fixe à trente ans la durée normale de toutes les actions tant réelles que personnelles (art. 2262). Cette réduction de temps a été inspirée au législateur par l'intérêt du crédit public, qui demande que les droits des parties contractantes, et ceux des tiers par suite, ne restent pas trop longtemps incertains.

Ensuite le texte nous annonce que la règle du délai de dix ans reçoit certaines exceptions en vertu de dispositions législatives spéciales. Ainsi l'art. 1676 al. 1 limite à deux ans l'action en rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes.

Enfin l'art. 1304 organise une véritable *prescription*, et une prescription libératoire. « La prescription, dit l'art. 2219, est un moyen... » de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions » déterminées par la loi ». Or l'extinction de l'action a bien ici pour effet de libérer *lapsu temporis* celui contre qui elle pouvait être formée de l'obligation dont elle était la sanction.

C'est aujourd'hui un point constant. L'opinion, qui ne voit dans notre disposition que l'organisation d'une simple déchéance, fatalement attachée à l'expiration d'un délai préfix sans suspension ni interruption possible, est presque universellement abandonnée.

N° 1. Fondement de la prescription de l'art. 1304.

1163. Lorsqu'un délai de dix ans s'est écoulé sans réclamation de la part de celui à qui appartient une action en nullité ou en rescision, la loi le considère comme ayant renoncé tacitement au bénéfice de son action, et par suite comme ayant confirmé l'acte qu'il était autorisé à attaquer. La prescription de l'art. 1304 a donc son fondement dans

une présomption de *confirmation tacite* résultant du silence prolongé de celui à qui appartenait l'action en nullité. C'était la pensée de Jaubert quand il disait dans son rapport au tribunat : « Un laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification ». Et la même idée se trouve explicitement consacrée par l'art. 1115 : « Un contrat ne peut » plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a » cessé, ce contrat a été *approuvé,* soit expressément, soit tacitement, » *soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi* », c'est-à-dire le délai de dix ans fixé par l'art. 1304.

Tel est le fondement sur lequel repose la prescription de l'art. 1304; il importait de l'établir, parce qu'il exerce une influence décisive sur la solution des difficultés que soulève cette disposition. C'est ce que nous allons voir par la suite.

N° 2. Du point de départ de la prescription.

1164. Cette prescription commence à courir *du jour où a été passé l'acte* qui porte en lui une cause de nullité ou de rescision. Telle est la règle générale. Il est de principe en effet qu'une action commence à se prescrire dès qu'elle est née. Cela résulte aussi implicitement de l'art. 1304, qui fixe un autre point de départ dans certains cas particuliers et par cela même exceptionnels.

Mais il faut reconnaître qu'en notre matière les exceptions font une très large brèche dans la règle générale, et englobent peut-être le plus grand nombre des cas. Elles consistent à faire dater la prescription seulement du jour où celui auquel appartient l'action a eu toute liberté pour l'intenter, c'est-à-dire, *en cas de vice du consentement, du jour où le vice a cessé de se produire,* et *en cas d'incapacité du jour où l'incapable est devenu capable.* Elles s'expliquent du reste par l'idée de confirmation tacite, qui sert de base à la prescription décennale. Pour que l'inaction de la partie, dans l'intérêt de laquelle l'acte est annulable ou rescindable, fasse présumer de sa part l'intention de l'approuver, il faut de toute justice qu'elle ait eu la possibilité d'agir.

1165. Faisons une revue rapide de ces exceptions.

1. La première regarde les nullités qui tiennent à un vice du consentement. « Ce temps ne court, dit l'art. 1304 al. 2, *dans le cas de* » *violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol,* » *du jour où ils ont été découverts* ».

C'est à celui qui invoque la nullité soit par voie d'action, soit par voie d'exception, lorsque dix ans se sont écoulés à compter de la date du contrat, de prouver que la violence n'a cessé ou que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans; car cette allégation est contraire au droit commun, d'après lequel la prescription commence à courir du jour même de l'acte. Cette preuve est d'ailleurs susceptible de se faire par témoins ou par simples présomptions. Cpr. Cass., 18 novembre 1884, Sir., 85. 1. 68.

2. La seconde exception est relative à l'action en nullité ouverte par l'art. 225 contre un acte passé par une femme mariée non autorisée, soit au profit de la femme elle-même, soit au profit de son mari, soit au profit de leurs héritiers. Le délai de la prescription ne court en ce cas que *du jour de la dissolution du mariage,* c'est-à-dire du jour de la mort de l'un ou de l'autre des époux, ou du divorce. On a considéré sans doute que, pendant toute la durée du mariage, il existe pour les époux une impossibilité morale d'agir, en ce sens que l'exercice de l'action en nullité est de nature à troubler la paix du ménage à laquelle les époux doivent tenir avant tout.

3. L'art. 1304 al. 3 excepte également de la règle générale les actions en nullité ou en rescision, fondées sur l'incapacité des mineurs : « Le temps ne court, à l'égard des actes... faits par les mineurs, que *du » jour de la majorité* ». Du jour de la majorité dans tous les cas, même quand le mineur est émancipé. — Il faut en dire autant des actes faits par le tuteur au nom du mineur, lorsqu'il n'a pas observé les formalités légales. *Factum tutoris, factum pupilli.*

4. C'est aussi à partir du moment où l'incapacité a cessé que court la prescription de l'action en nullité qui compète aux interdits : « Le » temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que *du » jour où l'interdiction est levée* » (art. 1304 al. 3).

Les héritiers d'un mineur ou d'un interdit mort en état de minorité ou d'interdiction, doivent exercer l'action en nullité ou en rescision qui compétait à leur auteur, dans les dix ans de l'ouverture de l'hérédité. Dès cette époque en effet, la prescription commence à courir contre eux, alors même qu'ils n'auraient pas connaissance de l'acte passé par l'incapable.

5. Enfin une dernière exception a été introduite par l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés. L'action en nullité, qu'un aliéné peut diriger, sur le fondement de sa démence, contre les actes qu'il a passés pendant son séjour dans l'établissement d'aliénés, est soumise à la prescription de dix ans de l'art. 1304. Mais les dix ans ne courent, pour chaque acte, qu'à dater de la signification qui en a été faite à l'aliéné ou de la connaissance qu'il en a eue après sa sortie. Voyez pour plus de détails notre tome I, n. n. 1195 à 1197.

1166. En dehors des exceptions que nous venons d'énumérer et qui sont écrites dans l'art. 1304, la règle générale reprend son empire, et c'est le jour même de l'acte qui est le point initial de la prescription décennale. Nous en tirerons quelques conclusions pratiques :

1° La prescription de l'action en rescision pour cause de lésion entre majeurs, court à compter du jour de l'acte qui lui a donné naissance. La loi le dit textuellement en ce qui concerne la vente (art. 1676) ;

2° Il en est de même de l'action en rescision pour cause de lésion qui milite contre un partage d'ascendant, lorsqu'il est fait par acte entre vifs. C'est du moins l'opinion que nous avons enseignée *supra* n. n. 728 et 729 ; car la question est encore vivement controversée ;

3° L'art. 1304 n'exceptant pas de la règle les personnes soumises à un conseil judiciaire, on en a conclu, avec raison selon nous, qu'elles restent sous l'empire du droit commun, et partant le délai de dix ans se calcule du jour même de l'acte qu'elles ont accompli sans l'assistance de leur conseil. Sans doute, il eût été plus logique et plus simple de faire courir la prescription, pour elles comme pour les autres incapables, de l'époque où l'incapacité a cessé, c'est-à-dire du jour où a été levée la défense de procéder sans conseil ; il y avait en effet même raison de décider. Mais nous sommes en matière exceptionnelle, et les arguments d'analogie sont interdits ;

4° Pareillement, lorsque les communes ont une action en nullité à faire valoir, elles doivent forme r leur action dans les dix ans à compter de l'acte (arg. art. 2227) ;

* 5° Il semblerait à première vue qu'on dût admettre la même solution pour l'action en nullité, que l'art. 503 a créée contre les actes accomplis par une personne qui a été plus tard interdite, lorsque la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ils ont été faits ; car l'art. 1304 ne fait exception à la règle générale que pour les actes passés par l'interdit. Mais une condition indispensable pour que la prescription coure, c'est que l'action qu'elle est appelée à éteindre soit née. Or, dans l'espèce, elle ne naît pas au moment où l'acte est passé, puisque l'existence même de la nullité est subordonnée à la prononciation d'un jugement d'interdiction ; elle ne peut naître qu'à partir de l'interdiction. Eh bien ! à cette époque la prescription se trouve suspendue, puisqu'elle ne court pas contre les interdits (art. 2252), et elle ne peut commencer à courir qu'à dater de la main-levée de l'interdiction. Le jeu des principes conduit ainsi à ce résultat, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer le texte de notre article. Cpr. Chambéry, 19 janvier 1886, Sir., 88. 2. 16.

* **1167.** On le voit, ce n'est pas seulement quant à sa durée, mais aussi quant à son point de départ que la prescription de l'art. 1304 diffère de la prescription du droit commun, établie par l'art. 2262. Il faut en conclure que, bien qu'il se soit écoulé trente ans depuis la passation d'un acte nul pour vice de consentement ou incapacité, l'action en nullité ou en rescision ne sera pas prescrite, s'il ne s'est pas encore écoulé dix années depuis la découverte du dol ou de l'erreur ou depuis la cessation de la violence ou de l'incapacité. Le point de départ de la prescription décennale étant alors plus reculé que celui de la prescription trentenaire, on conçoit que les actions dont il s'agit puissent durer plus longtemps que celles qui sont soumises à une prescription trois fois plus longue. Cette conséquence peut paraître en opposition avec la pensée du législateur, qui a été d'abréger et non d'étendre indéfiniment les délais ; mais elle est, à notre avis, imposée par les principes et la nécessité de donner à l'art. 1304 sa juste portée. La prescription qu'il organise constitue une prescription particulière, distincte de la prescription trentenaire. Or, d'après l'art. 2264, les prescriptions particulières ne sont pas soumises aux règles générales de la prescription sur les points à l'égard desquels il y est dérogé « dans les » titres qui leur sont propres ». Donc les règles spéciales, posées par l'art. 1304 sur le point de départ de la prescription de dix ans, doivent mettre obstacle, à cet égard du moins, à l'application des règles générales. *Specialia derogant generalibus.*

N° 3. Sphère d'application de la prescription de l'art. 1304.

1168. La nature exceptionnelle de cette prescription fait qu'elle doit être rigoureusement limitée aux cas pour lesquels la loi l'a instituée ; car les exceptions ne s'étendent pas. Or voici les conditions auxquelles l'art. 1304 subordonne son application.

1° Il faut d'abord que l'acte, à propos duquel la prescription est

invoquée, soit sujet à *nullité* ou à *rescision,* c'est-à-dire entaché d'un vice contemporain de sa naissance, et qui l'a empêché de se former d'une manière valable. D'ailleurs la prescription décennale s'applique, quelle que soit la cause de ce vice. C'est ce qui résulte par argument des mots *Dans tous les cas* de l'art. 1304. Il est vrai que ce texte ne parle ensuite que des actions qui ont pour fondement un vice de consentement ou l'incapacité. Mais la seconde partie de l'article ne peut avoir l'influence de restreindre le principe général posé au début; car elle a pour objet de fixer l'époque à laquelle le délai de dix ans commence à courir, et c'est exclusivement à ce point de vue qu'elle s'occupe de *certaines causes de nullité* pour les soumettre à des règles spéciales. Il y a pourtant une limite. La prescription décennale cesse de s'appliquer, quand le vice, d'où provient la nullité, est d'ordre public. Fondée sur une idée de confirmation tacite, elle suppose que l'acte est susceptible d'être confirmé; or on ne peut pas confirmer ce qui blesse l'ordre public et les bonnes mœurs. Les particuliers n'ont le droit de renoncer qu'aux nullités introduites dans leur intérêt privé.

Notre première condition conduit à exclure du domaine de l'art. 1304 un certain nombre d'actions, qui restent par conséquent soumises à la prescription trentenaire.

Ce sont d'abord les *actions en résolution,* dites aussi *en révocation* ou *en résiliation.* L'action en nullité ou en rescision implique l'idée d'un acte infecté dès son origine d'un certain vice, et qui porte ainsi en lui-même le principe de sa destruction; tandis que l'action en résolution s'attaque à un acte parfaitement valable dans son origine, mais susceptible d'être anéanti par l'effet d'un événement postérieur. Telle est l'action qui tend à faire casser une vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654), à faire résilier un bail pour perte totale de la chose louée (art. 1722); telles sont aussi les actions en révocation des donations entre vifs dans les trois cas où la loi les accorde (art. 953 et ss.). Les tiers découvriront en général plus facilement l'existence d'une cause de résolution, qui est écrite dans la loi ou dans la convention, que l'existence d'une cause de nullité ou de rescision, dépendant de faits contemporains du contrat qu'ils peuvent ignorer, et on peut s'expliquer ainsi que la loi ait assigné une durée moins longue à l'exercice de l'action en nullité ou en rescision qu'à l'exercice de l'action en résolution. L'action doit durer d'autant moins longtemps que les tiers qui peuvent avoir à en souffrir sont plus excusables d'en avoir ignoré l'existence. Le législateur a voulu atténuer l'insécurité qui résulte des causes de nullité ou de rescision, en abrégeant la durée de l'action.

Il faut encore écarter du domaine de l'art. 1304 les *actions en répétition,* par lesquelles on demande la restitution de ce qui a été payé indûment; l'*action en rectification de compte* (C. pr. art. 541); l'*action en réduction* des héritiers à réserve contre les libéralités qui excèdent la quotité disponible; enfin les *actions en déclaration de simulation,* c'est-à-dire celles qui tendent à faire déterminer la véritable nature d'une convention, non pour la faire tomber, mais pour lui faire produire les effets attachés à sa nature réelle.

2° L'acte annulable ou rescindable doit être une *convention.* Car le texte de l'art. 1304 ne parle que de l'action en nullité ou en rescision d'une convention, et il faut entendre cette expression dans un sens res-

trictif, puisqu'il s'agit d'une disposition exceptionnelle. Peu importe d'ailleurs que la convention soit créatrice ou translative de droits, ou même extinctive d'une obligation, comme une remise de dette ou une compensation conventionnelle.

De là résultent plusieurs conséquences très importantes.

a. L'art. 1304 n'est pas applicable à l'action en nullité ou en rescision dirigée contre des *actes qui consistent dans la manifestation d'une volonté simplement unilatérale,* tels que l'acceptation ou la répudiation d'une succession (Cpr. *supra* n. 164).

b. Ni aux *nullités d'actes,* c'est-à-dire à celles qui frappent les écrits destinés à constater des conventions. Rien n'est du reste plus rationnel. La validité ou la nullité d'un acte instrumentaire s'analyse en une question de preuve; et, lorsqu'un écrit n'est pas rédigé de manière à faire foi, le seul laps de temps est impuissant à lui rendre la force probante qui lui manque au début.

3° Bien plus, le domaine de la prescription de dix ans ne s'étend pas à toutes les conventions; il faut que la convention regarde le *patrimoine.* L'art. 1304, par la place même qu'il occupe, indique qu'il est absolument étranger aux actions en nullité relatives à l'état des personnes. C'est ce que nous avons déjà constaté à propos des nullités de mariage (t. I, n. 510) et de la nullité de la reconnaissance d'enfant naturel (t. I, n. 904); il faut en dire autant de la nullité du contrat d'adoption.

4° Une dernière condition est requise pour l'application de la prescription décennale. Il résulte des termes de l'art. 1304 qu'elle n'est opposable qu'autant que la nullité ou la rescision est *proposée par ceux qui ont été parties à la convention ou par leurs représentants.* Nous en avons conclu (*supra* n. 926) que l'action paulienne ou révocatoire n'est prescriptible que par trente ans. Il en est de même, mais la question soulève de graves difficultés, de l'action qui appartient aux héritiers ou ayant cause du donateur contre une donation nulle en la forme.

1169. Telles sont les limites qui circonscrivent le domaine de l'art. 1304. On ne doit pas les étendre; mais il ne faut pas non plus les restreindre arbitrairement. Ainsi, quoique le texte emploie les expressions ACTION *en nullité ou en rescision,* il devrait recevoir son application non seulement lorsque la nullité ou la rescision sont proposées par voie d'action, mais encore quand on ne les fait valoir que *par voie d'exception,* c'est-à-dire quand on les oppose en qualité de défendeur.

Mais cette solution est contredite par des voix autorisées, et nous devons la justifier. Pour concevoir d'abord le cas de l'exception de nullité ou de rescision, il faut supposer que l'acte que l'on veut faire annuler ou rescinder n'a pas reçu sa complète exécution. Vous m'avez poussé par des manœuvres frauduleuses à vous acheter un immeuble, et, le contrat une fois conclu, vous êtes resté sans le faire exécuter; plus de dix ans après la découverte du dol, vous intentez contre moi une action en paiement du prix. Puis-je encore, pour me dispenser de payer, vous opposer la nullité sous forme d'exception? Le fondement, sur lequel repose de l'avis de tous la pres-

cription libératoire de l'art. 1304, ne le permet pas, ce nous semble. Si l'engagement est tenu, et avec raison, pour confirmé après dix ans de silence de la part de celui qui pouvait se plaindre, il a perdu la faculté d'en proposer la nullité ou la rescision soit en demandant, soit en défendant; ce serait dans l'un comme dans l'autre cas revenir sur une approbation, qui, pour être tacite, n'en a pas moins de force. Assurément cette solution serait injuste sous l'empire d'une législation, qui ne permettrait pas à la personne obligée en vertu d'une convention annulable ou rescindable de la faire infirmer par la justice tant que l'autre partie n'en poursuit pas l'exécution, et c'est là sans doute l'origine de cet adage suranné, emprunté à la loi 5 § 6, D., *De doli mali et met. except. : Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Alors l'exception, arme défensive, doit être maintenue aussi longtemps que l'action, arme offensive, n'est pas brisée. Mais, sous notre droit actuel, rien n'empêche celui dont l'engagement est vicié de prendre l'initiative, et de faire mettre à néant avant toute attaque le contrat que le créancier se réserve peut-être de lui opposer plus tard. Son inaction est donc volontaire, et de nature à faire présumer de sa part la volonté de confirmer. On objecte que l'art. 1304 ne limite que la durée de l'action, et qu'il est muet sur le sort de l'exception. Mais évidemment le mot *action* est ici employé pour désigner le droit qu'elle sert à faire valoir. Lorsque la loi déclare l'action en nullité ou en rescision prescrite au bout de dix ans, c'est le droit lui-même de faire annuler ou rescinder une obligation qu'elle déclare éteint. Or un droit qui n'existe plus ne peut pas servir de base même à une exception; car ce serait indirectement le faire revivre. Nous ne déguiserons pas les inconvénients auxquels peut conduire notre interprétation. On a imaginé telles hypothèses où la prescription de dix ans courra contre une personne qui ignorait même la formation du contrat vicié, et où son action en nullité ou en rescision se trouvera éteinte avant même qu'elle en ait eu connaissance. Supposez une convention passée par un interdit, qui plus tard revient à la raison et dont l'interdiction est levée. Si cet acte n'a pas reçu d'exécution, il est très possible que rien n'en révèle l'existence à l'ex-interdit; car, d'un côté, son patrimoine n'en aura reçu aucune modification, les choses étant encore entières; et d'autre part, comme il a agi en état de folie, il n'en aura gardé aucun souvenir. Il laissera donc passer les dix ans sans intenter l'action en nullité qui lui appartient; et, si l'autre partie vient après ce délai lui demander l'exécution de l'acte, il sera obligé de la subir, n'ayant plus d'exception à lui opposer. Sans doute, s'il établit qu'il a contracté pendant un accès de folie, il pourra à toute époque se soustraire à l'obligation d'exécuter, parce qu'alors le contrat est inexistant pour défaut absolu de consentement; mais c'est à lui qu'incombe la charge de cette preuve, et rarement il aura dans les mains le moyen de prouver qu'au moment précis où il a agi il était entièrement privé de raison. L'inconvénient est réel, et on peut le relever encore dans le cas d'un mineur qui ignore l'acte irrégulier passé par son tuteur. Mais en droit pur il ne saurait exercer aucune influence; car la loi elle-même n'en tient aucun compte dans la théorie générale de la prescription, puisqu'elle la laisse courir contre ceux qui ignorent leurs droits, alors même qu'il n'y aurait aucune négligence à leur reprocher. Ainsi une prescription a commencé à courir contre une personne à raison d'une créance, dont on ne trouve après sa mort aucune trace dans les papiers de la succession; elle continuera à courir contre son héritier, qui perdra son droit sans avoir pu le conserver. Il eût été bien facile au législateur de 1804 de prévenir les inconvénients signalés à propos des mineurs et des interdits : il suffisait de faire dater le commencement de la prescription décennale, non du jour de la cessation de leur incapacité, mais de celui où ils auraient eu connaissance de l'acte par notification ou autrement. Nous savons que cette amélioration a été réalisée, mais dans un cas particulier, par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés (v. *supra* n. 1165 *in fine*). Quelle preuve plus décisive de la vérité de notre interprétation !

Sur cette importante question, la jurisprudence française est en sens contraire. V. Agen, 7 juillet 1886, Sir., 86. 2. 189. Dans notre sens, Leipzig, 13 juin 1884, Sir., 86. 4. 17.

1170. Nous résumerons dans la formule suivante la sphère d'application de l'art. 1304 : la prescription libératoire qu'il organise est applicable dans tous les cas, mais seulement dans les cas où l'une des parties fait valoir par voie d'action ou d'exception un moyen de nullité ou de rescision contre une convention relative aux biens.

§ IV. *Quels sont les effets de la nullité ou de la rescision prononcée.*

1171. La nullité ou la rescision prononcée en justice a pour résultat de mettre les choses dans l'état où elles étaient avant la formation de l'obligation annulée ou rescindée.

On justifie habituellement cette proposition par les principes de la condition résolutoire accomplie (art. 1183). Mais c'est confondre deux choses que nous venons de distinguer soigneusement : la résolution et l'annulation (*supra* n. 1168). L'explication suivante nous semble de beaucoup préférable : Quand le juge, après avoir constaté que le contrat était vicié, en a prononcé la nullité ou la rescision, ce contrat ne saurait produire aucun effet, parce que la loi ne peut donner sa sanction à un acte qu'elle réprouve. *Quod nullum est nullum producit effectum.*

Examinons rapidement les conséquences de la nullité et de la rescision entre les parties et à l'égard des tiers.

A. *Effets entre les parties.*

1172. *a.* Si le contrat n'a reçu aucune exécution, l'effet de son annulation ou de sa rescision est extrêmement simple. Le contrat étant censé n'avoir jamais existé, il en est de même des obligations qu'il avait engendrées, et par suite il ne saurait être question de les exécuter. Il n'y a plus ni dette, ni créancier, ni débiteur.

Nous en avons déduit (*supra* n. 1085) une conséquence au point de vue de la novation.

b. Mais il se peut que le contrat ait été exécuté en tout ou en partie au moment où son infirmation est prononcée. Les intéressés sont alors obligés de se restituer respectivement ce qu'ils ont reçu ou perçu en vertu de l'acte annulé ou rescindé. Si donc il s'agit d'une vente, l'acheteur est tenu de rendre la chose et les fruits qu'elle a produits depuis l'époque de la délivrance; le vendeur de son côté doit compte du prix, et des intérêts à dater du jour du paiement. V. cependant art. 1682.

Cet effet de la déclaration de nullité ou de rescision souffre exception dans le cas de l'art. 1312 : « *Lorsque les mineurs, les interdits ou » les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer » contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en*

» *conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdic-*
» *tion ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé*
» *que ce qui a été payé a tourné à leur profit* ».

Ainsi un interdit a vendu un immeuble et en a touché le prix ; plus tard il fait rescinder la vente. Il aura le droit de se faire rendre l'immeuble, sans être tenu de restituer le prix qu'il a probablement dissipé. Autrement la protection accordée à l'incapable eût été illusoire.

Cependant la protection légale ne va pas jusqu'à permettre à l'incapable de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. La restitution du prix pourra donc être exigée de lui s'il est prouvé que ce prix a tourné à son profit, par exemple si le prix se trouve encore entre ses mains ou s'il en a fait un emploi utile. La preuve est à la charge de l'adversaire de l'incapable.

* Ce principe, qui est sous-entendu dans l'art. 1312, doit être généralisé. Il devrait notamment recevoir son application au cas d'une femme dotale qui invoque son contrat de mariage pour s'opposer à ce que les obligations par elle consenties valablement reçoivent leur exécution sur ses biens dotaux inaliénables. En d'autres termes, les biens dotaux inaliénables seraient saisissables dans la mesure du profit réalisé par la femme.

L'incapable ne peut bénéficier de la disposition de l'art. 1312 que lorsque la rescision est prononcée à raison de son incapacité. Arg. des mots *en ces qualités*. Il ne pourrait donc pas l'invoquer s'il faisait prononcer la rescision du contrat pour toute autre cause, par exemple pour vice de consentement.

D'un autre côté l'incapable ne jouit de la protection légale qu'à raison de ce qui lui a été payé *pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage*. Le droit commun reprendrait donc son empire pour ce qui lui aurait été payé en temps de capacité.

B. *Effets à l'égard des tiers.*

1173. La nullité ou la rescision prononcée rétroagit contre les tiers, auxquels des droits ont été concédés sur les choses que les parties s'étaient réciproquement livrées en vertu d'un acte vicié. Elles-mêmes sont réputées n'avoir jamais eu aucun droit sur ces choses, et par suite ceux qu'elles ont pu créer ou transmettre sont considérés comme non avenus (art. 2125).

A plus forte raison, les droits consentis postérieurement à la prononciation de la nullité ou de la rescision seraient-ils sans valeur. Les tiers ont donc intérêt à être informés de l'annulation ou de la rescision. Aussi l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855 dispose-t-il : « Tout juge-
» ment prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte trans-
» crit, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la
» chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le
» registre.— L'avoué qui a obtenu ce jugement est tenu, sous peine de
» cent francs d'amende, de faire opérer cette mention en remettant un
» bordereau rédigé et signé par lui au conservateur, qui lui en donne
» récépissé ».

CHAPITRE VI

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAIEMENT

Notions générales.

1174. Objet du chapitre. — Nous avons vu dans les chapitres précédents comment se forment les obligations conventionnelles, quels effets elles produisent et comment elles s'éteignent; nous allons voir maintenant comment *se prouvent* les faits, d'où peut résulter la formation, la modification ou l'extinction d'une obligation.

Les règles contenues dans le chapitre VI sont relatives, non seulement aux obligations conventionnelles, mais encore à toutes les obligations, quelle que soit la cause dont elles procèdent : contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit ou loi. En outre, elles s'appliquent d'une manière générale à tous les modes d'extinction des obligations, tels que la novation, la remise de la dette, la compensation. A cet égard, la rubrique du chapitre pourrait induire en erreur, car elle semble indiquer qu'il s'agit seulement de la preuve du *paiement*. Les auteurs du code civil, qui, dans cette matière encore, se sont inspirés du *traité des obligations* de Pothier, ont maladroitement modifié, tout en prétendant le copier, l'intitulé de la partie de son ouvrage consacrée à cette matière : *De la preuve tant des obligations que de* LEURS PAIEMENTS. Le mot *paiements,* employé au pluriel, indique d'une manière évidente que le jurisconsulte d'Orléans entendait parler des modes de libération en général. En un mot, il donne ici à l'expression *paiement* le sens large qu'avait en droit romain le mot *solutio,* de *solvere, solutum,* qui désigne la rupture du lien de l'obligation par quelque cause que ce soit.

Il est enfin très important de faire remarquer que les règles contenues dans notre chapitre s'appliquent aussi à la preuve des faits, qui engendrent, modifient ou éteignent les *droits réels*. Ces règles en effet sont générales de leur nature; et, si l'on repoussait cette extension, on se trouverait sans aucune règle légale pour la preuve en matière de droits réels? La portée restreinte de la rubrique du chapitre VI s'explique naturellement : le législateur de 1804 a suivi, trop servilement peut-être, la méthode de Pothier, qui exposait la théorie des preuves à propos des obligations.

Par conséquent les dispositions, que nous allons développer, renferment toutes les règles générales sur les preuves en ce qui concerne les droits réels et les droits personnels, c'est-à-dire l'ensemble des *droits relatifs au patrimoine*. Quant à la preuve des *droits de famille,* le livre I du code civil présente sur chaque matière spéciale une organisation particulière, que nous avons étudiée dans notre tome premier.

1175. Définition de la preuve. *Prouver* une proposition, c'est en démontrer l'exactitude. La preuve est « tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité », dit Domat.

Tel est du moins le sens usuel du mot *preuve*. Car, dans la langue du droit, il a une signification beaucoup plus restreinte; il désigne alors *la démonstration, à l'aide des moyens autorisés par la loi, de l'exactitude d'un fait, qui sert de fondement à un droit prétendu.* La preuve ainsi entendue est la seule qui soit reçue en justice ; on l'appelle pour cette raison *preuve judiciaire.*

Nous allons analyser cette définition.

a. La preuve judiciaire consiste d'abord dans la démonstration d'un *fait*. La démonstration des règles du droit positif rentre dans une théorie toute spéciale, soumise à d'autres principes, la théorie de l'interprétation des lois (t. I, n. n. 97 et s.). Il en est toutefois autrement, si la contestation porte sur l'existence d'un usage, dans les cas où l'usage a force de loi; ici la preuve du droit revient en définitive à celle des faits constitutifs de l'usage.

b. La preuve judiciaire ne peut émaner que de *certains procédés consacrés par la loi*. Tout moyen de nature à persuader et à convaincre les hommes ne constitue donc pas une preuve dans l'acception juridique du mot ; le législateur, pour prévenir les dangers que peut faire courir aux particuliers l'arbitraire du juge, a d'abord énuméré limitativement les modes de preuve ; il a déterminé en outre dans quels cas et sous quelles conditions chacun de ces modes de preuve peut être admis pour servir de base à un jugement. Ces modes varient, et l'étendue de leur application est plus ou moins large, suivant qu'on est en matière civile, commerciale ou criminelle ; mais le principe reste le même : le juge, en cette qualité, ne peut former sa conviction que d'après les moyens légaux.

Il suit de là qu'il n'est jamais autorisé, pour déclarer un fait constant, à s'en rapporter à la connaissance qu'il a pu acquérir en dehors de l'instruction du procès. Cette connaissance personnelle, obtenue par des moyens qui n'ont pas subi l'épreuve de la contradiction, ne peut offrir aucune garantie. Cass., 8 juillet 1885, Sir., 85. 1. 480.

c. Il faut enfin que le fait que l'on demande à prouver serve de *fondement à un droit prétendu :* c'est-à-dire qu'il doit être de nature, s'il est établi, à entraîner la conviction du juge sur l'existence de ce droit. A quoi bon prouver des faits, qui, une fois constatés, ne sont pas susceptibles de justifier la prétention de celui qui les allègue ? *Frustra probatur quod probatum non relevat,* dit un vieil adage emprunté à la loi 21, C. *De probat.*, IV, 19. Le code de procédure civile en offre une application particulière relativement à la preuve testimoniale, lorsqu'il subordonne l'admission de l'enquête à la condition que les faits soient pertinents et concluants ; mais on doit généraliser cette solution, et l'étendre à toute espèce de preuves.

1176. De la charge de la preuve. — Il y a le plus grand intérêt pratique à savoir qui doit prouver. D'abord c'est surtout dans les combats judiciaires qu'il y a plus de péril à attaquer qu'à se défendre, et l'on emploie une locution aussi juste qu'expressive quand on parle du *fardeau* de la preuve. Et puis, lorsque la partie qui était tenue de prouver n'a pas fait la preuve ou n'a fourni qu'une preuve insuffisante, le juge doit decider contre elle. *Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstet, obtinebit* (l. 4, C. *De edendo,* II, 1).

L'art. 1315 répond à la question : « *Celui qui réclame l'exécution* » *d'une obligation, doit la prouver.* — *Réciproquement, celui qui se pré-* » *tend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinc-* » *tion de son obligation* ». Ces deux propositions, extraites du *traité des obligations* de Pothier, présentent le même défaut que l'intitulé de notre chapitre : elles ne sont formulées qu'au point de vue des droits personnels. Faisant ce que le législateur aurait dû faire, nous nous placerons à un point de vue plus général, et nous réglerons la charge de la preuve, quelle que soit la nature du droit prétendu.

Le principe, dont l'art. 1315 n'exprime que des conséquences, c'est que *la nécessité de prouver s'impose à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses ou bien à une situation acquise.* Rien de plus rationnel. Lorsqu'un fait juridique est l'objet d'une contestation entre deux personnes, avant que le juge ait pu vérifier leurs affirmations contradictoires, l'état de choses que la loi considère comme ordinaire et régulier, doit être présumé exister; on peut sans doute le renverser, et lui substituer un état exceptionnel; mais la charge de la preuve pèse naturellement sur celui qui élève une telle prétention. De même, lorsqu'une situation quelconque est démontrée exister, il est encore permis de la détruire et de la remplacer par une autre; mais la situation acquise doit jouir des mêmes prérogatives que la situation naturelle : on présume qu'elle existe toujours. Il faut donc également exiger que la partie qui prétend innover, changer le *statu quo,* établisse préalablement la modification qu'elle allègue.

L'état normal et habituel, c'est l'indépendance réciproque des hommes, du moins au point de vue de ces devoirs juridiques que l'on appelle *obligations,* puisqu'ils ne naissent que de faits déterminés, exceptionnels. De là cette conséquence, exprimée dans l'alinéa 1 de l'art. 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la » prouver ».

En matière de propriété, le fait normal et ordinaire, c'est que le droit appartient à celui qui l'exerce, c'est-à-dire au possesseur. Donc c'est au non possesseur qui revendique une chose, de prouver son droit de propriété sur elle. Le possesseur est présumé propriétaire. Cass., 9 novembre 1886, Sir., 87. 1. 54.

A un autre point de vue, la situation normale, c'est la liberté des héritages : en général, la propriété des fonds est libre et complète. Par suite le propriétaire, qui intente l'action appelée *confessoire,* par laquelle il conclut à la reconnaissance et à l'exercice d'une servitude sur la chose d'autrui, est tenu de justifier de la cause du droit prétendu. De même, le propriétaire, qui, prenant l'initiative, forme une action *négatoire* par laquelle il conclut à ce que son fonds soit reconnu libre de toute servitude envers une personne déterminée, n'a pas à prouver la liberté de son immeuble; il lui suffit de faire la preuve de son droit de propriété.

Mais il peut arriver en fait, comme nous l'avons vu, que l'état de choses naturel et ordinaire soit remplacé par un état contraire parfaitement établi : c'est la situation acquise.

En matière d'obligations, l'état de créancier constitue une situation acquise, quand l'existence de la créance a été prouvée; par conséquent, si le débiteur veut changer cette situation, s'il se prétend

libéré, c'est à lui, comme le dit très bien l'art. 1315 al. 2, de « justifier » le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». — De même, lorsque le revendiquant a démontré que la chose lui appartient, son droit de propriété, bien que séparé de la possession, est devenu une situation acquise, et c'est par suite au possesseur de la chose qui veut la conserver de prouver qu'il l'a faite sienne par un acte postérieur.

1177. Toute cette théorie a été résumée dans ces trois maximes courantes : *Actori incumbit onus probandi ; Negantis naturali ratione nulla est probatio ; Reus in exceptione fit actor.* Propositions empruntées aux jurisconsultes romains et qui sont rigoureusement exactes à la condition d'être bien comprises.

Actori incumbit onus probandi. On ne veut pas dire par là que le fardeau de la preuve est imposé dans tous les cas à celui qui engage le procès, qui intente l'action ; car le défendeur, nous allons le montrer, peut avoir lui aussi des preuves à faire. Cette maxime signifie seulement que le demandeur doit *le premier* établir l'exactitude des faits sur lesquels est basée sa demande ; elle tend nécessairement en effet à renverser l'état normal des choses ou une situation acquise.

Quant au défendeur, il peut repousser l'action dirigée contre lui de deux manières.

Ou bien il se bornera à nier purement et simplement les faits qui servent de fondement à la demande ; par exemple, aux conclusions du demandeur lui réclamant le paiement d'une somme prêtée, il se contente de répondre : « Je ne vous dois rien, vous ne m'avez rien prêté ». Dans ce cas, il n'est tenu de fournir aucune preuve. C'est le sens de cette maxime *Negantis naturali ratione nulla est probatio,* qui n'est d'ailleurs que la conséquence évidente et nécessaire de la première.

Ou bien le défendeur combat la demande par des affirmations qui n'en sont pas la négation directe. Il prétend par exemple qu'il ne doit pas la somme prêtée, parce qu'il l'a restituée, ou parce qu'il y a eu compensation, remise de dette, etc. Cette défense implique la reconnaissance du fait qui sert de cause au droit prétendu ; ce n'est que d'une manière indirecte qu'elle tend à repousser l'action. On dit alors que le défendeur oppose une *exception,* une exception de paiement, de compensation ou de remise de dette. L'exception est donc un *moyen de défense qui ne contredit pas directement la prétention du demandeur.* Elle consiste, en d'autres termes, dans l'allégation d'un fait nouveau, en vue de renverser une situation acquise. Par conséquent le défendeur se trouve, quant à la preuve des faits sur lesquels est basée son exception, dans la même position que le demandeur, quant à la preuve de ceux qui servent de fondement à sa demande, et c'est là ce que signifie la proposition *Reus in exceptione fit actor.* Cass., 21 mai 1884, Sir., 84. 1. 278.

Toutefois ces maximes, que nous venons d'expliquer, sont formulées d'une façon trop étroite : elles indiquent seulement qui doit prouver la demande et l'exception, alors que les contestations judiciaires présentent souvent d'autres phases. Ainsi l'exception peut être combattue par un autre moyen de défense indirect, qu'on appelle la *réplique ;* la réplique elle-même peut soulever une *duplique.* Vous me demandez la restitution d'une chose que vous m'avez prêtée à usage. Je réponds que je suis libéré de mon obligation, parce que la chose a péri par cas fortuit ; c'est une exception. Vous répliquez que la perte de la chose par cas fortuit n'a pas pu me libérer, parce que j'étais en demeure. Je réponds (c'est la duplique) que la demeure ne peut avoir dans l'espèce aucune influence, parce que la chose eût également péri chez vous, si elle vous eût été livrée. Il serait facile de démontrer que le demandeur qui invoque une réplique contre l'exception, doit prouver le fait sur lequel est basée sa réplique et que la même nécessité s'impose à celui qui fait une duplique.

On voit donc que la solution de la question de savoir sur qui pèse la charge de la preuve dépend beaucoup moins des qualités de demandeur ou de défendeur que de la nature des allégations produites en justice. L'*onus probandi* incombe à toute partie, demanderesse ou défenderesse, peu importe, qui, dans le cours du procès, avance une proposition contraire à l'état normal des choses ou tendant à renverser une situation établie.

Ajoutons en terminant que l'application de ces principes est absolument indépendante de la difficulté ou même de l'impossibilité de la preuve, tenant au caractère des propositions avancées. Ainsi on ne prouve pas des propositions indéfinies, affirmatives ou négatives, telles que celles-ci : je n'ai jamais emprunté, je suis allé tous les jours à tel endroit. Les contestations judiciaires n'en offriront que de très rares exemples, parce que les faits auxquels se rattache l'acquisition ou l'extinction des droits, sont d'ordinaire limités par des circonstances de temps et de lieu qui circonscriront le débat dans des affirmations parfaitement définies et susceptibles d'être prouvées. Quoi qu'il en soit, la partie, qui se trouve dans l'impossibilité absolue de justifier sa prétention, ne peut évidemment rejeter sur l'adversaire le fardeau de la preuve contraire : il serait absurde d'accorder en justice plus de crédit précisément aux prétentions impossibles à établir! L'équité exige bien plutôt que l'adversaire conserve alors le bénéfice de sa situation actuelle, puisqu'il ne pourrait la perdre que par la justification des dires de son contradicteur. *Actore non probante, reus absolvitur.*

Il faut donc rejeter, avec tout le monde d'ailleurs, cette ancienne théorie, d'après laquelle celui qui allègue un fait négatif n'est pas tenu de le prouver, du moins lorsque la preuve en est impossible. On s'était autorisé, pour l'enseigner, au moyen-âge, d'un texte du droit romain, faussement interprété : *Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat.* Ce passage n'est qu'un résumé de la doctrine que nous venons d'exposer sur l'administration de la preuve. Entre deux parties dont l'une avance une proposition, tandis que l'autre la nie, sans avancer elle-même aucune proposition, la preuve incombe toujours à la première, *qui dicit,* et jamais à la seconde, *qui negat,* tant qu'elle se borne à rester sur la défensive. Mais les rôles changent, dès que la seconde avance de son côté une proposition quelconque, affirmative ou négative; c'est elle alors *qui dicit.* Elle doit toujours prouver ce qu'elle soutient, quelque difficile que puisse être la preuve.

1178. Des divers modes de preuve. — Les modes de preuve, admis en matière civile, sont énumérés par l'art. 1316 : « *Les règles qui* » *concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions,* » *l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections sui-* » *vantes* ».

Cette liste n'est pas complète; il faut y ajouter les *visites des lieux* et les *expertises,* dont les règles se trouvent dans le code de procédure civile (art. 41 à 43, art. 295 à 301, art. 302 à 323).

Enfin le droit commercial consacre en outre plusieurs modes spéciaux à la preuve des actes de commerce, indiqués par l'art. 109 du code de commerce. Ce sont le *bordereau* ou *arrêté d'un agent de change ou courtier dûment signé par les parties,* une *facture acceptée,* la *correspondance,* les *livres des commerçants.*

Nous ne parlerons que des modes de preuve dont les règles sont établies dans le code civil.

SECTION PREMIÈRE

DE LA PREUVE LITTÉRALE

1179. La preuve littérale est celle qui résulte de toute espèce d'écrits, qu'ils aient été ou non destinés lors de leur rédaction à constater un fait juridique.

Si l'écrit a été spécialement rédigé pour fournir une preuve, on l'appelle *acte* ou *titre*.

Le *titre* ou *acte* est *authentique* ou *sous seing privé,* suivant que l'écrit est l'œuvre d'un officier public ou des parties.

Ces expressions, consacrées par l'usage et la loi, sont justement critiquées comme amphibologiques. A proprement parler, le mot *acte* signifie tout fait quelconque de l'homme, *id quod actum est;* ce n'est que par un abus de langage qu'on a étendu cette expression à l'écrit qui constate le fait accompli. De même, le mot *titre,* que le législateur prend ici dans le sens de *moyen de preuve,* sert aussi à désigner, tantôt l'événement d'où résulte la naissance, la modification ou l'extinction d'un droit (art. 893, 2265, 2267), tantôt une certaine qualité, telle que celle d'héritier (art. 778). La terminologie romaine, dont on trouve encore des traces sous notre ancien droit, était bien préférable : elle appelait *instrumenta,* instruments (le mot encore français), les écrits destinés à constater les faits juridiques (*negotia juridica*). Il est à désirer que cette expression *instrument,* tombée un peu en désuétude, rentre de plus en plus dans le langage de la jurisprudence.

L'autorité des actes instrumentaires varie, suivant qu'il s'agit d'un *titre original* ou d'une *copie,* d'un *titre primordial,* ou d'un *acte récognitif* ou *confirmatif.*

Si une écriture privée, tout en relatant un fait, n'a pas été rédigée dans le but de le constater d'une manière contradictoire, on ne peut plus y voir un *instrument;* elle entre alors dans la classe des *documents,* appelés *registres ou papiers domestiques* ou *simples mentions* (art. 1331, 1332).

Le code assimile à la preuve littérale les *tailles* (art. 1333), et on peut étendre cette assimilation à certains signes, employés pour conserver la trace de faits juridiques, tels que les *pierres-bornes* et les *marques de non-mitoyenneté.* Puisqu'au fond l'écriture n'est que l'expression de nos idées par certains signes de convention, il est bien permis de faire rentrer tous ces moyens de preuve dans le procédé général de l'écriture.

De tous les genres de preuve, la preuve littérale est celle à laquelle la loi accorde le plus de confiance. Constituée d'avance, à une époque où les parties n'avaient d'autre but et d'autre intérêt que de constater la vérité, elle la conserve sans altération, et quand on a besoin de la connaître, elle la représente avec une impartialité que ne saurait offrir le témoignage oral. Les écrits sont des témoins muets, mais incorruptibles.

§ I. *Du titre authentique.*

N° 1. Définition du titre authentique.

1180. On appelle en général *actes* ou *titres authentiques* ceux qui émanent régulièrement de personnes revêtues d'un caractère public

et qui ont reçu de la loi la mission de constater officiellement certains faits.

Ainsi défini dans sa généralité, l'acte authentique comprend les actes politiques et administratifs qui émanent des pouvoirs législatif et exécutif, les actes judiciaires qui ont pour objet d'introduire, d'instruire et de terminer une instance, et enfin les actes extrajudiciaires. C'est au point de vue de cette dernière classe d'actes que nous avons à étudier l'authenticité. Le code civil, dans le chapitre VI, ne s'occupe en effet que de l'acte authentique destiné à constater les conventions, c'est-à-dire, en généralisant ses expressions sans sortir de son esprit, de l'acte extrajudiciaire qui a pour but, dans l'ordre des intérêts privés, de faire preuve des droits réels et des droits de créance. C'est bien à ce point de vue que se place l'art. 1317, lorsqu'il définit l'acte authentique :

Art. 1317. *L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.*

De ce texte il résulte que trois conditions sont nécessaires pour constituer l'authenticité d'un acte instrumentaire.

a. — Il faut qu'il ait été dressé par un *officier public,* par exemple par un notaire, un greffier, un huissier, un officier de l'état civil.

Un officier public destitué n'est plus un officier public ; donc l'acte reçu par lui ne sera pas authentique, du moins s'il a été passé depuis la notification à lui faite de sa destitution (loi du 25 ventôse an XI, art. 52 et 68).

b. — Il faut que l'officier public soit *compétent* au double point de vue du fait à constater et du lieu dans lequel l'acte a été dressé ; en d'autres termes, il doit avoir la compétence *réelle* et la compétence *territoriale.* L'art. 1317 ne parle explicitement que de cette dernière compétence; mais il mentionne implicitement la première, en exigeant que l'acte, pour être authentique, soit reçu par un officier public : l'officier public en dehors de ses attributions n'est qu'un simple particulier.

Parmi les officiers publics, les notaires ont une compétence générale pour dresser toutes sortes d'actes; le notariat a été institué, afin de permettre aux particuliers de conférer l'authenticité aux faits juridiques dont ils veulent perpétuer la mémoire. Exceptionnellement, le législateur a attribué à quelques officiers publics compétence exclusive pour rédiger certains actes. C'est ainsi que le juge de paix est seul chargé de recevoir le contrat d'adoption (art. 353) et la déclaration d'émancipation (art. 477 al. 2); que les huissiers ont seuls qualité pour faire les significations, les officiers de l'état civil, pour recevoir les déclarations concernant l'état civil des personnes.

c. — L'art. 1317 exige enfin l'accomplissement des *solennités requises.* Chaque classe d'officiers publics est soumise à des règles spéciales pour la rédaction des actes qu'ils ont le pouvoir de dresser. Les formalités des actes notariés sont énumérées par la loi du 25 ventôse an XI, et aussi par la loi interprétative et complémentaire du 21 juin 1843, que nous avons eu déjà l'occasion de citer plusieurs fois (v. t. I, n. 896 et *supra* n. 462).

d. — A ces trois conditions, qu'indique expressément l'art. 1317, il y a lieu d'en ajouter une quatrième : l'officier public doit être *capable* d'instrumenter. L'incapacité est *absolue,* lorsqu'il a été suspendu par voie disciplinaire de l'exercice de ses fonctions, et à partir de la signification de la suspension (loi du 25 ventôse an XI, art. 52 et 68). Il est bien vrai que le notaire, par exemple, qui n'est que suspendu, à la différence de celui qui est destitué, est toujours officier public; mais il est incapable d'instrumenter pendant la durée de sa suspension. L'incapacité n'est que *relative,* lorsque l'officier public, compétent à raison de la nature de l'acte et du territoire, ne peut pas recevoir l'acte, parce qu'il intéresse l'un de ses parents ou alliés au degré prohibé, ou à plus forte raison parce qu'il l'intéresse personnellement (loi du 25 ventôse an XI, art. 8, 10 et 68).

1181. Telles sont les conditions exigées pour l'authenticité; il nous reste à dire les conséquences qui résultent de leur omission.

Il est évident d'abord que l'acte n'est pas authentique. Mais hâtons-nous d'observer que la nullité de l'acte authentique ne peut exercer aucune influence sur la validité de la *convention* ou du *fait juridique* que cet acte était destiné à constater. *Fiunt scripturæ ut per eas facilius probari possit quod actum est; sine his autem valet quod actum est, si aliunde habeat probationem.* La preuve, que les parties entendaient se ménager, leur fait défaut, mais le sort du droit en est absolument indépendant; elles pourront l'établir par les autres modes de preuve que la loi autorise, et, si elles ne peuvent y parvenir, le droit n'en existe pas moins, quoiqu'elles ne puissent l'exercer. *Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio* (l. 30, D., *De test. tut.* XXVI, 2).

Il n'y a d'exception à ce principe que lorsque le contrat est solennel, parce que l'authenticité est alors substantielle (v. *supra* n. 792), et aussi dans les cas où les parties ont subordonné la formation d'un contrat consensuel, tel que la vente, à la condition qu'il serait constaté par un acte notarié.

Mais l'écrit, nul comme acte authentique, n'est pas toujours destitué de tout effet au point de vue de la preuve : il vaut comme un acte sous seing privé, s'il en présente le caractère substantiel, à savoir la signature des parties. L'acte authentique dégénère alors en un acte sous seing privé. Il est en effet raisonnable de présumer que les contractants, qui ont voulu se constituer la preuve littérale la plus énergique, n'ont pas entendu, dans le cas où une irrégularité vicierait l'acte authentique, renoncer à la force probante qui peut lui rester. L'art. 1318 consacre ce résultat dans une disposition, qui n'est que la reproduction abrégée de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI concernant l'organisation du notariat : « *L'acte qui n'est point authentique par* » *l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme,* » *vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties* ». Faut-il nécessairement que toutes les parties aient signé? Oui si toutes se sont obligées, comme il arrive dans les contrats synallagmatiques. Mais

s'il s'agissait d'un contrat unilatéral, d'un prêt ou d'un dépôt par exemple, la signature de la partie obligée suffirait : la loi n'a pas pu en effet se montrer plus exigeante que pour l'acte sous seing privé ordinaire.

L'art. 1318 ne dit pas, ce qui eût été une naïveté, que l'acte dépourvu d'authenticité pour l'une des causes qu'il indique, *est* une écriture privée, mais bien qu'il *vaut* comme écriture privée, s'il est signé des parties. Aucune autre condition n'est requise pour la validité de l'acte comme écriture privée, et par conséquent il n'est pas nécessaire qu'il satisfasse aux exigences de l'art. 1325 (formalité du double écrit) quand la convention qu'il constate est synallagmatique, ni à celle de l'art. 1326 (formalité du *bon* ou *approuvé*) quand il constate une promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose appréciable. La difficulté, soulevée au sein du conseil d'Etat lors de la discussion du projet du code civil, a été positivement résolue dans ce sens. Cette solution s'imposait d'ailleurs. Déclarer applicables les art. 1325 et 1326, c'eût été réduire à une vaine formule la disposition de l'art. 1318, puisque les parties, qui veulent et qui croient faire un acte authentique, n'auront jamais en fait accompli les conditions de validité de l'acte sous seing privé auquel elles ne songent pas. Ajoutons enfin que les formalités du double original et du *bon* ou *approuvé* n'ont plus de raison d'être, quand l'acte a été reçu par un officier public. En prescrivant la première pour la constatation des contrats bilatéraux, la loi a voulu que chacun des contractants eût entre les mains une preuve de l'obligation contractée à son égard ; or l'acte dont il s'agit dans l'art. 1318 sera conservé, comme les titres authentiques réguliers, dans les archives de l'officier public qui l'a reçu, et sera toujours également à la disposition des deux parties. De même, en prescrivant la formalité du *bon* ou *approuvé*, quand le souscripteur n'a pas écrit lui-même le corps du billet, le législateur a voulu prévenir l'abus des blancs-seings et les surprises dont peut être victime un débiteur qui a signé le billet de confiance sans en vérifier suffisamment la teneur ; or ces abus et ces surprises sont moins à craindre, lorsque l'acte a été rédigé par un officier public. Cass., 10 décembre 1884., Sir., 85. 1. 166, et Pau, 13 juillet 1886, Sir., 87. 2. 63.

1182. L'art. 1318, en attribuant à l'acte authentique irrégulier la valeur d'un acte sous seing privé ordinaire, lorsqu'il est simplement signé des parties, y a mis une condition rigoureuse : il faut que l'acte émane d'un officier public agissant en cette qualité. Argument tiré de ces mots : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou » l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme.... » La garantie qu'offre toujours l'intervention d'un officier public, malgré son incompétence ou son incapacité ou le vice de forme qu'il a pu commettre, remplace dans la pensée du législateur les formalités protectrices auxquelles sont soumis dans la plupart des cas les actes sous seing privé ordinaires, et dont l'acte se trouve ici affranchi.

* De là il suit qu'on doit reconnaître la force probante de l'écrit sous seing privé à l'acte reçu par un notaire en dehors des limites de son ressort (c'est l'incompétence *ratione loci*), de même à l'acte dressé par un officier public qui est simplement incapable, ou bien à l'acte authentique qui est nul pour défaut de forme, parce que les témoins n'ont pas signé par exemple. Ces trois cas sont précisément ceux que prévoit expressément la disposition de l'art. 1318. Au contraire, la force probante de l'acte sous seing privé ne pourrait appartenir à l'acte authentique qui n'est pas

revêtu de la signature du notaire; car la preuve que l'acte a été reçu par un officier public ne peut résulter que de la signature de cet officier; — ni à l'acte qui ne rentrait pas dans les attributions de l'officier public, car il n'est qu'un simple particulier pour tous les actes qu'il n'a pas mission de recevoir (v. l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui corrige sur ce point l'apparente généralité des termes de l'art. 1318). Logiquement on devrait admettre la même solution dans l'hypothèse où l'acte a été reçu par un officier public après notification à lui faite de sa destitution ou de son remplacement, puisqu'il cesse alors d'être officier public pour devenir une personne privée; mais le contraire résulte de la combinaison des art. 68 et 52 de la loi de ventôse an XI, qui mettent les cas de destitution et de remplacement sur la même ligne que la suspension.

N° 2. Force probante du titre authentique.

1183. La force probante d'un acte, c'est la valeur qui lui est attribuée comme moyen de preuve, ou, suivant la locution du code, c'est la *foi* qui lui est accordée par la loi. La force probante peut être envisagée au point de vue de l'*acte considéré en lui-même* et au point de vue de *son contenu*. L'acte qu'on oppose fait-il preuve de sa réalité ? et, seconde question, jusqu'à quel degré fait-il preuve des mentions qui y sont renfermées ?

1184. I. Sous le premier aspect, l'acte qui a la forme authentique *fait par lui-même preuve de son authenticité*, en ce sens qu'il est réputé émaner de l'officier public qui paraît l'avoir reçu. Cette présomption est conforme à l'état ordinaire des choses. Habituellement l'acte, qui porte les signes extérieurs de l'authenticité, est vraiment authentique, d'abord parce que le faux, qui consiste ici dans l'imitation de la signature d'un officier public, est aussi difficile à commettre que facile à découvrir, et ensuite parce qu'il expose son auteur et ceux qui auront fait usage de l'acte entaché de faux à une peine terrible, les travaux forcés à temps (C. pén. art. 147, 148).

De là il suit que la partie, qui produit un écrit authentique en apparence n'a pas à prouver préalablement qu'il est authentique; c'est à son adversaire d'établir qu'il ne l'est pas en réalité, et il ne peut administrer cette preuve qu'au moyen de *l'inscription de faux*. L'acte authentique fait également foi jusqu'à inscription de faux de la sincérité de la signature des parties. Cass., 12 janvier 1887, Sir., 87. 1. 206.

Nous verrons bientôt que cette force probante n'appartient pas aux actes sous seing privé, qui ne peuvent être admis en preuve qu'à la condition d'être reconnus par leur signataire, ou vérifiés en justice à défaut de reconnaissance volontaire.

1185. II. Supposons maintenant que le caractère de l'acte authentique soit constant; quelle est la force probante que l'on doit reconnaître à son *contenu ?* Ici des distinctions sont nécessaires; car les mentions qui y sont renfermées n'ont pas toutes la même valeur.

a. — Il y a d'abord des mentions qu'on ne peut contester qu'en accusant l'officier public d'avoir commis un faux, qu'en attaquant sa véracité. Elles font foi *jusqu'à inscription de faux* (arg. tiré de l'art. 45 et du mot *Néanmoins* de l'art. 1319 al. 2).

b. — Quant aux mentions qu'il est possible de contester sans attaquer la véracité de l'officier public, par exemple la sincérité des déclarations faites par les parties, elles font foi seulement *jusqu'à preuve contraire,* et cette preuve ne pourra être administrée que conformément au droit commun, c'est-à-dire d'après les dispositions du code civil qui régissent et limitent les diverses espèces de preuves. Il s'agit de faits que l'officier public a constatés, sans en avoir acquis la certitude *propriis sensibus,* sur le témoignage des parties. On devait admettre *de plano* les intéressés à récuser ce témoignage qui n'offre plus autant de garanties; mais

comme la simulation et la fraude sont heureusement l'exception, que dans ce monde le bien l'emporte encore sur le mal, le législateur présume à bon droit la sincérité des contractants; à ses yeux, le contenu de l'acte est provisoirement l'expression de la vérité. Sans doute, les déclarations des parties peuvent être simulées ; mais c'est là un fait exceptionnel, qui doit être prouvé par celui qui l'allègue. Cass., 26 juin 1883, Sir., 84. 1. 367.

Nous aurions à indiquer maintenant les mentions qui rentrent dans la première catégorie et celles qui rentrent dans la seconde; mais nous avons donné sur ce point de suffisants développements dans les numéros 251 et 252 de notre tome I, consacrés à la force probante des actes de l'état civil.

1186. Le texte de loi, qui règle l'autorité comme preuve de ces deux premières sortes de mentions, est l'art. 1319 al. 1, dont la disposition, très incomplète sinon inexacte, ne peut se passer d'un court commentaire : « *L'acte authentique fait* » *pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs* » *héritiers ou ayant-cause* ».

= *Fait pleine foi.* Cette expression est juste, quand les mentions contenues dans l'acte authentique font foi jusqu'à inscription de faux. La force probante acquiert alors toute sa plénitude, puisqu'elle n'est presque jamais renversée : l'inscription de faux est très rare, et il est plus rare encore qu'elle réussisse. Mais la même locution ne saurait convenir aux mentions qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire et qui peuvent être combattues par de simples présomptions. La loi a eu tort de confondre dans une même expression la foi due aux mentions de l'acte authentique dans deux cas bien différents. Cpr. Cass., 14 janvier 1885, Sir., 86. 1. 13.

= *De la convention qu'il renferme.* Ou plutôt de tous les faits qui se sont passés en présence de l'officier public et qu'il a relatés, *id quod conventum aut actum est.*

= *Entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant-cause.* — Si l'on concluait de ces mots que la force probante, qui s'attache à l'acte authentique et à son contenu, n'est que relative, on tomberait dans une grave erreur. L'acte authentique a une force probante *absolue.* D'abord le caractère d'authenticité lui appartient à l'égard de tout le monde; car il serait absurde qu'un seul et même acte fût tout ensemble authentique et non authentique. Il en est de même des mentions qu'on ne peut contredire qu'en attaquant la véracité de l'officier public. S'il est réputé avoir dit vrai, c'est à cause de la confiance qu'il inspire à la loi; et comme cette confiance est indivisible, c'est absolument et pour tout le monde qu'il a dit vrai. Il faut enfin en dire autant des mentions qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire. La présomption de vérité qui s'y attache a sa racine dans un motif, qui est tout aussi efficace pour la faire admettre à l'égard des tiers que dans les rapports des parties contractantes. Ainsi un acte de vente notarié, en supposant que l'immeuble vendu n'appartînt pas au vendeur, prouvera contre le propriétaire revendiquant, qui est un tiers *penitus extraneus,* que l'immeuble a fait l'objet d'une vente sincère et que l'acheteur a un juste titre : ce qui lui permettra d'opposer à la revendication la prescription de dix à vingt ans (art. 2265). Ainsi encore, quand la chose vendue fait partie d'une succession ouverte au profit du vendeur, les créanciers de la succession pourront invoquer l'acte authentique de vente pour établir que le successible a fait acte d'héritier en aliénant un bien héréditaire.

1187. Voilà les vrais principes. On reproche au législateur français de les avoir méconnus dans l'art. 1319, qui semble restreindre la force de l'acte authentique « entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant cause ». On l'accuse d'avoir confondu la force probante de l'écrit, qui est la même pour tous, avec l'effet des conventions qui y sont constatées, effet borné aux parties contractantes et à leurs représentants (art. 1165); pour rendre le texte irréprochable, il suffirait, dit-on, de remplacer l'expression *fait foi* par celle-ci *a effet.* L'extrême vivacité, avec

laquelle ces accusations sont lancées, ne doit pas cependant faire illusion sur leur injustice et leur peu de fondement. Il est vrai que l'art. 1319, en fixant l'étendue de la force probante de l'acte authentique, ne parle que des parties contractantes; mais on a tort d'en conclure que le législateur a voulu exprimer par là, confondant la question de preuve avec le fond du droit, que cet acte ne fait pas foi à l'égard des tiers. Il n'a rien dit à ce sujet, voilà tout. Les inductions, tirées du silence de la loi sont toujours dangereuses; mais elles doivent être sévèrement rejetées, quand elles conduisent à lui prêter des décisions contraires, non seulement au bon sens, mais encore à la tradition historique et à son esprit tel qu'il résulte évidemment des travaux préparatoires. Pothier, à qui l'art. 1319 a été presque littéralement emprunté, traitait dans deux paragraphes distincts de la foi des actes authentiques entre les parties, puis de la foi qu'ils font contre les tiers; et, traducteur fidèle, quoi qu'on en ait dit, des analyses de Dumoulin, il admettait que ces actes prouvent contre les tiers *rem ipsam, rem gestam,* c'est-à-dire que la convention ou le fait juridique qu'ils constatent est réellement intervenu. L'art. 1319, qui reproduit la règle du *traité des obligations,* en ce qui concerne la force probante de l'acte authentique entre les parties, a omis de reproduire celle relative à la foi de cet acte à l'égard des tiers. C'est une lacune sans doute; mais elle n'est que dans le texte; le législateur a eu l'intention bien formelle d'adopter encore sur ce point la solution de Pothier. « Nous avons déjà vu, dit le tribun Jaubert dans son rapport au tribunat, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne nuisent point aux tiers ni ne leur profitent. *Mais il ne s'agit point ici de l'effet des conventions; il ne s'agit que des preuves,* et des preuves qui peuvent résulter d'un titre authentique. La question est de savoir comment la règle *L'acte authentique fait pleine foi* doit s'entendre à l'égard des tiers... Les actes authentiques font pleine foi, non seulement entre les parties contractantes, mais encore pour les tiers. Peuvent-ils faire foi contre les tiers? Il faut distinguer le matériel et le moral de l'acte. Quant au matériel, c'est-à-dire *la date et les faits physiques* attestés par l'officier public, les tiers ne peuvent contester la preuve qui résulte de l'authenticité de l'acte. Dumoulin, qui a traité cette matière avec son érudition et sa sagacité ordinaires, avait réduit la théorie de cette partie du droit à ce principe, que l'acte public prouve contre les tiers *rem ipsam,* termes précis, énergiques, qui nous ont conduits à la distinction *que nous adoptons* entre le matériel et le moral de l'acte ». Nous n'avons pu résister au désir de transcrire ce passage, parce qu'il est le meilleur commentaire de l'art 1319, et qu'il justifie notre législateur d'une confusion dont il est parfaitement innocent.

1188. *c.* — *Des simples énonciations.* Il existe enfin une troisième catégorie de mentions, dont s'occupe l'art. 1320 pour en régler la force probante : ce sont les déclarations purement énonciatives des parties, ou simplement, comme les appelle la loi, les *énonciations.* « *L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi* » *entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu* » *que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étran-* » *gères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve* ».

On distingue, dans les actes authentiques, comme d'ailleurs dans les actes sous-seing privé (l'art. 1320 explique lui-même que sa règle est commune à ces deux sortes d'actes), le *dispositif* et les *simples énonciations.*

« Le dispositif, dit Pothier, c'est ce que les parties ont eu en vue, et qui a fait l'objet de l'acte » (n. 736). C'est la partie de l'écrit qui constate les éléments essentiels du fait juridique dont on a voulu se ménager la preuve, de telle sorte qu'on ne pourrait en supprimer quelque chose sans le détruire ou tout au moins le dénaturer. Les déclarations purement énonciatives sont celles qui, se référant à des événements antérieurs, constituent des éléments accidentels du fait juridique que

l'acte a pour but de constater, celles qui par conséquent peuvent être retranchées sans que la substance de ce fait juridique soit modifiée.

On voit par ces définitions que les parties portent nécessairement leur attention sur le dispositif, puisque c'est précisément pour se constituer une preuve littérale de ce qui y est relaté qu'elles ont dressé ou fait dresser un acte instrumentaire. Quant aux déclarations simplement énonciatives, on ne pouvait pas leur accorder indistinctement la même valeur, parce que, jetées incidemment dans le corps de l'acte, elles n'avaient pas la même importance aux yeux des parties, et que peut-être elles ont passé inaperçues. Aussi, au point de vue de leur force probante, l'art. 1320 distingue-t-il entre les énonciations *qui ont un rapport direct à la disposition* et celles qui sont *étrangères à la disposition*. Les premières ont dû frapper l'attention des parties intéressées; aussi la loi leur attribue la même autorité qu'au dispositif. Les secondes « peuvent bien, dit Pothier, faire quelque demi-preuve; mais elles ne font point une preuve entière ». « *Tunc enim tale instrumentum*, disait auparavant Dumoulin, *non facit plenam fidem, sed solum præsumptionem* ». Propositions que le législateur de 1804 a traduites en disant qu'elles ne peuvent servir que d'un *commencement de preuve :* ce qui aura pour effet de rendre admissibles la preuve testimoniale (art. 1347) et celle par simples présomptions (art. 1353) et de permettre au juge de déférer le serment supplétoire (art. 1367). C'est qu'alors le fait énoncé est seulement vraisemblable; la partie, contre laquelle on l'invoque, a pu, quoiqu'il fût inexact, ne pas s'opposer à son énonciation, soit parce qu'elle n'a pas remarqué une clause qui lui était présentement indifférente, soit parce qu'elle n'avait à la contredire aucun intérêt né et actuel.

Quelques exemples éclairciront nos explications. Un acte, ayant pour objet la reconnaissance d'une rente, porte : « Je reconnais devoir à *Primus,* en retour de l'aliénation de tel immeuble, une rente de 1,000 fr. par an... ». Voilà le dispositif; puis l'écrit ajoute : « dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour ». Ce n'est là qu'une énonciation ; en effet l'acte n'a pas d'autre objet que de constater la reconnaissance d'une rente au profit de *Primus ;* il n'a pas notamment pour objet de me donner quittance des arrérages antérieurement payés, puisque *Primus* ne déclare pas les avoir reçus. Mais cette énonciation est trop directement liée au dispositif de l'écrit, pour que le crédi-rentier ne l'ait pas remarquée, et il n'eût pas manqué de s'y opposer si elle eût été fausse. Elle fera donc foi du paiement, absolument comme une quittance. — Autre exemple. Un acte de vente dispose que *Primus* vend à *Secundus* une maison pour le prix de 10,000 fr. que *Secundus* a payés à l'instant, et on y lit ensuite cette déclaration : « Les 10,000 fr. payés par *Secundus* lui ont été donnés par *Tertius* ». Cette énonciation est étrangère au dispositif de l'acte; car la déclaration, que le prix payé par *Secundus* lui provient de la libéralité de *Tertius,* n'a pas un rapport direct avec la vente. Si donc plus tard, *Tertius* étant venu à mourir, *Primus* et *Secundus* sont appelés à lui succéder, et si *Primus* prétend que *Secundus,* étant donataire de *Tertius,* doit à sa succession le rapport de 10,000 fr., l'énonciation contenue dans l'acte de vente ne pourra lui servir que de commencement de preuve par écrit.

1189. Force exécutoire du titre authentique. — Il nous reste à voir une conséquence de la force probante attachée aux actes authentiques : c'est la *force exécutoire.* Nous le ferons très brièvement, parce que ce sujet ne touche que d'une manière accessoire à la matière de la preuve.

La force exécutoire d'un titre authentique est la propriété qu'il a de conférer par lui-même, et sans qu'on ait besoin de s'adresser à la justice, le bénéfice de l'exécution forcée. Ainsi le créancier, dont la créance résulte d'un acte authentique, peut *de plano* faire saisir et vendre les biens de son débiteur qui refuse de payer ; le propriétaire, dont le droit est écrit dans un titre de la même nature, a la faculté de se

faire mettre *manu militari* en possession de la chose qui lui appartient et qu'on ne veut pas lui livrer.

La force exécutoire est un avantage réservé à l'authenticité. L'acte sous seing privé en est dépourvu ; le porteur d'un acte de cette nature, s'il en est réduit à employer des voies de rigueur pour faire exécuter l'obligation qui y est relatée, doit préalablement assigner le souscripteur, afin d'obtenir contre lui un jugement de condamnation, c'est-à-dire un titre exécutoire.

La loi a subordonné à certaines conditions la production de la force exécutoire.— 1° Il faut d'abord que l'acte authentique soit susceptible d'exécution forcée. Si la force exécutoire ne peut appartenir qu'à un acte authentique, elle n'appartient pas à tous. Les actes notariés, en vertu de l'art. 19 de la loi du 25 ventôse an XI, et les jugements ou arrêts, en vertu de l'art. 547 C. pr., sont les seuls qui emportent exécution forcée. Ce privilège est notamment refusé au procès-verbal de conciliation dressé par un juge de paix (C. pr. art. 54). — 2° Il faut ensuite que l'acte soit revêtu de la formule exécutoire (C. pr. art. 545). Aux termes du décret des 2-8 septembre 1871, la formule exécutoire actuellement requise commence par ces mots : « RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Au nom du Peuple français », et se termine ainsi : « En conséquence, le Président de la République française mande et ordonne, etc. ». — 3° La législation est en outre nécessaire lorsqu'on veut faire exécuter l'acte au delà de certaines limites, savoir : en dehors du ressort de la cour d'appel, si l'acte a été dressé par un notaire établi au chef-lieu de cette cour, et en dehors du département, s'il a été reçu par tout autre notaire (loi du 25 ventôse an XI, art. 28).

La force exécutoire de l'acte authentique, de même que sa force probante, ne peut être définitivement détruite que par une décision de justice, qui a reconnu sa fausseté après la procédure de l'inscription de faux. Mais, préalablement et tant que la question est encore pendante, l'exécution forcée de l'acte peut-elle être suspendue ? L'art. 1319 al. 2 répond : « *Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exé-* » *cution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en* » *cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les* » *circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte* ».

Il faut donc faire une distinction. Si l'acte est attaqué par une action criminelle dirigée contre l'auteur du prétendu crime de faux, ce que la loi exprime par ces mots *en cas de plaintes en faux principal,* la suspension résulte de plein droit de l'arrêt qui prononce la mise en accusation et renvoie l'accusé devant la cour d'assises. A partir de ce moment en effet, bien que le procès ne soit pas définitivement jugé, il y a assez de probabilités dans le sens du faux pour que l'exécution de l'acte soit provisoirement suspendue. Si l'acte est argué de faux devant la juridiction civile (ce qui a lieu *le plus souvent* incidemment à une autre instance, parce qu'on fait alors le procès à une pièce qu'on vous oppose), la suspension n'est que facultative pour les juges, et ils ne la prononceront qu'à cette époque de la procédure où ils seront convaincus de la vraisemblance du faux.

Sous notre ancienne jurisprudence, l'acte authentique, attaqué de faux, conservait sa force exécutoire, tant que le faux n'avait pas été judiciairement reconnu. Jusque-là, disait-on, « provision est due au titre ». Les dispositions de la loi actuelle sont bien préférables.

§ II. *De l'acte sous seing privé.*

1190. Cette rubrique est conçue en termes trop restrictifs. En effet le législateur traite successivement ici : 1° des actes sous seing privé (art. 1322 à 1328); 2° de certains écrits privés, qui font preuve quoi-

qu'ils ne portent aucune signature (art. 1329 à 1332). Pour embrasser tout l'objet du paragraphe, le législateur aurait dû l'intituler : *Des écritures privées,* comme l'avait fait Pothier dont on copiait le plan.

N° 1. Des actes sous seing privé.

I. *Définition de l'acte sous seing privé.*

1191. Les actes sous seing privé sont des actes faits sans l'intervention d'officiers publics et sous la seule signature des parties. Les deux éléments, dont se compose cette définition, se tirent de la dénomination même d'actes *sous seing privé,* c'est-à-dire rédigés sous la *signature* de personnes *privées,* par opposition aux actes authentiques qui sont dressés sous la signature d'une personne publique et qu'on pourrait appeler des actes *sous seing public.*

La signature de la partie ou des parties contre lesquelles l'acte doit faire preuve forme donc la condition essentielle à l'existence de tout acte sous seing privé. Elle ne saurait être remplacée, pour les personnes ne sachant ou ne pouvant signer, par une croix, une marque ou un sceau apposé sur l'écrit, même en présence de témoins. Si l'on veut en pareil cas se procurer une preuve littérale en règle, du fait qu'il s'agit de constater, il faut s'adresser à un notaire.

II. *Des conditions de forme exigées pour la validité des actes sous seing privé.*

1192. En dehors de la signature des parties, l'acte sous seing privé, à la différence de l'acte authentique, n'est soumis à aucune condition particulière de forme. Ainsi il peut être écrit par un tiers et n'être pas daté, sauf exception pour le testament olographe (art. 970). Il n'est pas nécessaire que les renvois soient paraphés. Les surcharges, interlignes ou additions dans le corps de l'acte ne sont point défendus, à peine de nullité des mots surchargés, interlignés ou ajoutés. Cpr. l. 25 vent. an XI art. 15 et 16. Enfin la signature peut être apposée d'avance. C'est ce que l'on appelle donner un *blanc-seing,* parce que le seing ou signature est apposé sur un papier blanc, ne contenant aucun écrit. L'écrit sera rédigé plus tard par les soins de celui à qui le blanc-seing est confié, et il obligera le souscripteur. La validité des blancs-seings faisait beaucoup de difficulté dans notre ancien droit. Elle ne saurait plus être discutée aujourd'hui. En punissant l'abus du blanc-seing, l'art. 407 du code pénal reconnaît implicitement la validité du blanc-seing, car s'il était nul, on ne pourrait pas en abuser.

1193. La règle que la validité des actes sous seing privé n'est subordonnée à aucune condition de forme souffre deux exceptions. La première, relative aux actes qui constatent des conventions synal-

lagmatiques, est contenue dans l'art. 1325; la seconde, concernant les actes qui contiennent une promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose exprimée en quantité, est formulée par les art. 1326 et 1327.

Ces deux exceptions comprennent, il faut en convenir, un très grand nombre de cas; elles laissent toutefois en dehors de leur orbite les actes destinés à constater les conventions unilatérales d'où naît une obligation de faire ou de ne pas faire, l'obligation de livrer une chose individuellement déterminée, par exemple en matière de commodat ou de dépôt, et enfin les actes dressés pour constater un paiement, c'est-à-dire les quittances.

Etudions les formalités que la loi prescrit exceptionnellement pour la validité des deux espèces précitées d'actes sous seing privé.

A. *Actes sous seing privé destinés à constater des conventions synallagmatiques.*

1194. Formalités requises. — Aux termes de l'art. 1325 : « *Les » actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, » ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux » qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original » pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original » doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. » — Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits » doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa » part la convention portée dans l'acte* ».

Les actes sous seing privé destinés à constater des conventions synallagmatiques sont donc soumis à une double formalité. D'abord il doit en être dressé autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, de manière que chacune puisse avoir en mains la preuve du contrat. Le plus souvent il n'y a dans les conventions synallagmatiques que deux intérêts distincts, et par suite deux originaux suffisent; aussi appelle-t-on cette formalité la *formalité du double écrit,* ou mieux du double *original.* En outre, il faut mentionner sur chaque original le nombre des originaux qui ont été faits.

Etudions successivement les deux formalités prescrites.

1195. Première formalité. L'acte doit être dressé en autant d'originaux ou exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chaque exemplaire doit porter la signature de tous les contractants. Toutefois, chaque contractant peut se dispenser d'apposer sa signature sur l'exemplaire qui lui est destiné; car, si les autres doivent s'engager envers lui par leur signature, il n'a pas à s'engager envers lui-même par sa propre signature. C'est ainsi que l'on procède ordinairement dans la pratique : on se contente de l'échange des signatures; ainsi,

dans une vente, le vendeur signe l'exemplaire destiné à l'acheteur, et celui-ci l'exemplaire destiné au vendeur.

Et toutefois cette pratique nous paraît ne pas être sans inconvénients. On peut supposer notamment que l'une des parties vienne à perdre son original et que l'autre meure laissant un héritier qui ignorait l'existence de la convention constatée par l'acte. En pareil cas, si la partie survivante demande l'exécution de la convention en invoquant l'original qui se trouve entre les mains de l'héritier de la partie décédée, celui-ci pourra dire de très bonne foi : Cet original ne porte pas la signature de mon auteur, mais seulement la vôtre; or il se peut fort bien qu'il s'agisse d'une convention qui est demeurée à l'état de projet, et que mon auteur n'a jamais sanctionnée par sa signature, car rien ne prouve qu'il ait signé l'original que vous prétendez avoir eu entre les mains ; produisez donc cet original, à défaut de quoi je refuse d'exécuter la convention, parce que son existence ne m'est pas démontrée. On conjure ce danger, et d'autres encore, en faisant signer chaque original par toutes les parties.

1196. Quel est le motif de notre première formalité, qui est prescrite, ainsi qu'on le verra tout à l'heure à peine de nullité ? La loi a voulu établir, au point de vue de la preuve, une égalité parfaite de situation entre les parties qui sont réciproquement engagées les unes envers les autres par suite d'une même convention. S'il n'y avait qu'un original, celui des contractants qui l'aurait entre les mains tiendrait les autres à sa discrétion, puisqu'il pourrait, suivant son intérêt ou son caprice, conserver ou anéantir la preuve du contrat. Ce serait pour la fraude une trop belle occasion de s'exercer. Il faut autant que possible prévenir des situations si défavorables à la moralité publique. Dans le combat pour le droit, la preuve est une arme. Si, confiantes dans leur mutuelle bonne foi, les parties négligent de se munir de la preuve littérale de leurs droits et de leurs obligations, elles seront pour combattre dans une position égale; mais si, en prévision de la lutte, elles se forgent des armes, l'équité ne permet pas que l'une soit armée et l'autre désarmée. L'art. 1325 a donc pour but d'enlever à la mauvaise foi une occasion de surprise et de fraude, en assurant également aux deux parties les moyens de la déjouer. Ainsi sa disposition, que nous avons déjà reconnu être *exceptionnelle,* présente un second caractère, tout aussi fécond en conséquences pratiques : elle est d'*ordre public;* et, comme on ne peut déroger par des conventions privées aux lois qui intéressent l'ordre public (art. 6), elle sera applicable nonobstant toutes clauses contraires.

On explique généralement l'art. 1325 en disant qu'il est fondé sur une *présomption de volonté* des contractants. Comme ils n'ont pas dû vouloir se créer des situations inégales, le législateur présume que l'acte fait simple ne constatait qu'un projet de convention, et c'est pour cela qu'il le frappe d'inefficacité. — Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Nul texte n'établit une telle présomption ; on n'en trouve même aucune trace dans les travaux préparatoires. D'ailleurs elle conduirait à cette conséquence, difficile à admettre, qu'il dépendrait des contractants d'écarter la disposition protectrice de l'art. 1325, en déclarant dans l'acte que, bien

qu'ils n'aient rédigé qu'un simple original, ils ont néanmoins voulu s'engager définitivement.

1197. Le nombre des originaux à dresser doit, dit la loi, être égal à celui des parties ayant un intérêt *distinct,* ou mieux peut-être un intérêt *opposé.* Un seul original suffit pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Ainsi quatre personnes copropriétaires par indivis d'un immeuble le vendent conjointement; il suffira de rédiger deux originaux, un pour l'acheteur et l'autre pour les covendeurs, parce que, s'ils ont chacun un intérêt particulier, cet intérêt est semblable, commun. Au contraire, si lesdits copropriétaires procèdent au partage de l'immeuble, l'acte sous seing privé par lequel ils constateront le partage devra être dressé en quatre originaux, parce que chaque copropriétaire a ici un intérêt opposé à celui des autres.

Un acte sous seing privé signé par quelques-unes des parties seulement est obligatoire entre elles, s'il est démontré (ce que le juge apprécie souverainement) qu'elles n'ont pas entendu subordonner leur engagement à celui des autres parties. Cass., 13 juin 1883, Sir., 84. 1. 329.

1198. Deuxième formalité. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été dressés : *Fait double, triple* ou *Rédigé en double, en triple original...*, ou toute autre formule équivalente. Cette mention a pour but de permettre à chaque partie de prouver, le cas échéant, qu'il a bien été dressé un nombre d'originaux égal à celui prescrit par l'art. 1325. En effet l'original qu'elle a entre les mains contient une déclaration signée par tous ses cocontractants, un aveu écrit par conséquent, attestant que la formalité a été remplie. En d'autres termes, grâce à la mention exigée par l'art. 1325, l'une des parties ne pourra pas frapper l'écrit présenté par l'autre d'invalidité, en faisant disparaître l'original qu'elle a en sa possession et en soutenant qu'il ne lui en a jamais été remis.

1199. Tous les auteurs disent, et nous l'avions répété à leur suite dans la première édition de cet ouvrage, que la deuxième formalité prescrite par l'art. 1325, celle de la mention, est requise à peine de nullité, de même que la première relative à la confection des doubles. En d'autres termes, l'acte sous seing privé dressé pour constater une convention synallagmatique serait nul, non seulement lorsqu'il n'en a pas été dressé un nombre d'originaux égal à celui prescrit par la loi, mais en outre lorsque, cette formalité ayant été remplie, il n'en a pas été fait mention comme l'exige l'art. 1325. Un nouvel examen de la question nous a porté à penser, contrairement à l'opinion générale, que la formalité des doubles est seule prescrite à peine de nullité, non la mention. Cette solution est d'abord conforme au texte de l'art. 1325. L'article débute par ces mots : « Les actes sous seing privé, qui contien- » nent des conventions synallagmatiques, *ne sont valables* qu'autant qu'ils ont été » faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Donc ils sont nuls, s'il n'a pas été satisfait à cette prescription ; cela ne saurait faire de doute. L'article ajoute : « Chaque original doit contenir la mention du nombre des » originaux qui en ont été faits ». La loi ne dit plus que ce soit à peine de nullité, et il nous paraît impossible de suppléer cette sanction. D'autant plus qu'on ne verrait pas le motif d'une semblable rigueur. Ainsi je prétends prouver une convention

synallagmatique, une vente par exemple, au moyen d'un acte sous seing privé qui ne porte pas la mention *fait double*. Mon adversaire reconnaît qu'en fait l'acte a été rédigé en double original, bien que cela n'ait pas été mentionné; pourquoi donc l'acte serait-il déclaré nul? Qu'importe que l'observation de la formalité légale soit prouvée par l'aveu écrit de mon adversaire, résultant de la mention contenue dans mon original qu'il a signé, ou de son aveu verbal? Ou bien encore mon adversaire conteste le fait de l'observation de la formalité du double écrit; je lui défère le serment sur ce point, et il refuse de le prêter, avouant ainsi d'une manière implicite l'exactitude de mon affirmation; pourquoi donc encore l'acte serait-il déclaré nul? Ou bien enfin tous les originaux sont représentés, le juge les a dans la main, et il lui est ainsi matériellement démontré qu'il a été satisfait aux prescriptions de la loi en ce qui concerne la confection des doubles; comprendrait-on ici encore que l'acte dût être déclaré nul pour défaut de mention? Ce dernier cas s'est plusieurs fois présenté devant la cour de cassation (voyez notam. Cass., 13 juin 1883, Sir., 84. 1. 329), qui a décidé que, dans ces conditions, l'acte devait être admis comme moyen de preuve, parce que la nullité résultant du défaut de mention était couverte par la présentation de tous les originaux. C'est mal motiver, à notre avis, une solution excellente. Comment en effet la nullité, résultant du défaut de mention, pourrait-elle dépendre de cette circonstance purement fortuite que les originaux sont ou ne sont pas représentés? Sans compter qu'une nullité ne peut se couvrir que par les causes indiquées par la loi; or, en supposant que la nullité existe, où est le texte qui décide qu'elle se couvrira par la représentation de tous les originaux? Nous disons, et cela nous paraît à la fois plus simple et plus juridique, que l'acte est valable, parce qu'il est matériellement démontré qu'il a été rédigé en un nombre d'exemplaires égal à celui prescrit par l'art. 1325, et que d'ailleurs le seul défaut de mention n'est pas une cause de nullité.

Ainsi la mention dont parle l'art. 1325 al. 3, doit être considérée comme uniquement requise pour assurer à chaque partie un moyen facile et sûr de prouver, le cas échéant, l'accomplissement de la formalité des doubles, et la sanction du défaut de mention consistera purement et simplement dans la privation de ce moyen de preuve. Mais l'accomplissement de la formalité pourra être établi par les autres moyens de preuve que le droit commun autorise, c'est-à-dire par la présentation de tous les originaux, par l'aveu de l'adversaire ou par son refus de prêter serment, mais non par la preuve testimoniale (arg. art. 1341). Cpr. *infra* n. 1210.

1200. La théorie que nous venons d'exposer nous paraît confirmée par l'alinéa final de l'art. 1325, ainsi conçu : « Néanmoins le défaut de mention que les origi- » naux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exé- » cuté de sa part la convention portée dans l'acte ». La partie, qui exécute la convention constatée par un acte sous seing privé ne portant pas la mention de l'accomplissement de la formalité du double écrit, reconnaît ainsi implicitement que cette formalité a été remplie; car autrement elle aurait probablement refusé d'exécuter la convention, sur ce fondement que la preuve de son existence n'était pas régulièrement établie. Voilà pourquoi la loi la déclare déchue du droit d'opposer le défaut de mention. Eh bien! si la loi tient compte de l'aveu tacite de la partie, résultant de ce qu'elle a exécuté la convention, pourquoi n'aurait-elle pas tenu compte aussi de celui qui résulte de son refus de prêter serment, et à plus forte raison de son aveu exprès, ou de l'aveu forcé résultant de la représentation de tous les originaux?

Le vice résultant du défaut de mention est purgé d'une manière absolue, si la convention a été exécutée par toutes les parties contractantes. Il n'en est plus ainsi au cas d'exécution unilatérale : alors la partie qui a exécuté est la seule qui ne puisse plus se

prévaloir du défaut de mention ; ce droit continue d'appartenir aux autres parties qui ne peuvent pas en être privées par le fait d'autrui. Au reste, le cas d'exécution unilatérale se présentera assez rarement dans les conventions synallagmatiques, parce que les faits d'exécution sont presque toujours communs aux deux parties. Dans la vente par exemple, si l'acheteur exécute en payant le prix, le vendeur concourt à l'exécution en le recevant. Le contraire peut cependant exister. Ainsi je vous ai vendu un immeuble moyennant une somme de... que vous deviez payer entre les mains d'un tiers. Le paiement que vous ferez à ce dernier constituera bien un acte d'exécution de votre part, mais non de la mienne. Tel serait encore le cas d'un compromis pour lequel on n'aurait pas observé les formalités de l'art. 1325 : la remise des pièces, faite aux arbitres par l'un des intéressés, est de sa part une exécution partielle ; mais elle n'implique nullement exécution de la part de l'autre.

1201. Domaine de l'art. 1325. — La formalité du double écrit est requise, dit l'art. 1325, pour tous les « actes sous seing privé, qui » contiennent des conventions synallagmatiques » ; ajoutons : et pour ceux-là seulement. Ainsi il faudra rédiger en double original l'acte sous seing privé qui constate une vente, un échange, un louage, mais non celui qui constate un prêt, un cautionnement, conventions unilatérales, ni même celui qui constate un commodat ou un dépôt, conventions unilatérales aussi, et qu'on appelle à tort, dans le langage de la doctrine, des contrats synallagmatiques imparfaits. Cpr. *supra* n. 788.

Il faut insister un peu sur la formule de l'art. 1325, que nous venons de transcrire; elle doit être entendue en ce sens que la formalité du double écrit est nécessaire toutes les fois qu'au moment où l'acte est dressé les parties se trouvent réciproquement obligées l'une envers l'autre en vertu de la convention qu'il s'agit de constater, et qu'elle n'est plus exigée lorsqu'à ce même moment il n'existe d'engagement que d'un seul côté. En d'autres termes, pour que la formalité du double écrit s'impose dans un acte sous seing privé, il faut et il suffit que cet acte constate des obligations réciproques résultant d'une même convention.

D'après cela, la formalité du double écrit est nécessaire, lorsque la convention qu'il s'agit de constater, bien qu'unilatérale de sa nature, soumet cependant les parties à des engagements réciproques, comme il arriverait dans un cautionnement contracté sous l'engagement pris par le créancier de n'exiger du débiteur le paiement qu'à l'expiration d'un délai convenu ou de faire rayer l'inscription hypothécaire qu'il avait prise.

En sens inverse, la formalité du double écrit ne serait pas nécessaire pour constater une convention synallagmatique de sa nature, mais en vertu de laquelle une seule partie se trouverait obligée au moment de la rédaction de l'acte, l'autre ayant pleinement exécuté son obligation, comme il arriverait pour une vente, quand l'acheteur a payé son prix comptant et que le vendeur n'a fait aucune condition ni réserve, auquel cas il n'a nul intérêt à avoir en mains la preuve du contrat, puisqu'il n'a et ne peut plus rien avoir à demander en vertu de ce contrat.

1202. Conséquences de l'inobservation de la formalité du double écrit. — La formalité du double écrit, nous l'avons déjà dit, est prescrite à peine de nullité. Il faut préciser maintenant le caractère de cette nullité. Ce qui est nul, c'est l'*acte,* l'écrit qui ne satisfait pas aux prescriptions de la loi ; il n'a aucune force probante. Mais la

nullité de l'acte n'entraîne pas celle de la *convention,* car l'art. 1325 ne résout qu'une question de preuve; chacun des contractants conserve donc le droit d'établir la conclusion du contrat en dehors de l'acte déclaré non valable, suivant les règles du droit commun.

Notre législation actuelle, on le voit, ne se montre pas aussi sévère que la jurisprudence française du XVIIIe siècle, à laquelle la disposition de l'art. 1325 a été empruntée. Le parlement de Paris, qui le premier imposa la formalité du double original par une série d'arrêts dont le plus ancien remonte au 30 août 1736, décidait que l'accomplissement de cette formalité était essentiel à la validité même de la convention, et il en concluait logiquement qu'en son absence la convention restait sans effet, quand même son existence serait avouée par les parties, quand même elle aurait été volontairement exécutée par l'une d'elles. Il y avait une rigueur exagérée à faire dépendre ainsi l'existence du droit de la simple observation d'une règle de preuve. Aussi le législateur de 1804 se garde-t-il bien de prononcer la nullité du contrat : il se borne à déclarer non valables « *les actes sous seing privé,* qui contiennent des conventions synallagmatiques » et, tirant lui-même une conséquence du nouveau principe qu'il consacre, il déclare, dans le dernier alinéa de l'art. 1325, que l'exécution de la convention par l'une des parties l'empêche d'opposer à l'autre le vice de forme dont l'acte est entaché.

1203. Cette interprétation, qui est adoptée par tous les auteurs à l'exception de M. Demolombe, conduit aux propositions suivantes :

1° La partie qui reconnaît que le contrat s'est formé, ne peut pas se fonder, pour refuser de l'exécuter, sur ce que l'acte sous seing privé qui a été dressé pour le constater n'a pas été fait double ; car l'existence de la convention se trouve alors établie par une preuve indépendante de l'écrit, l'aveu même de la partie.

2° Que si la convention est niée, le contractant qui en poursuit l'exécution pourra déférer à son adversaire le serment litis-décisoire, et, si celui-ci refuse de le prêter ou de le référer, la conclusion du contrat se trouvera ainsi prouvée, sans qu'on ait recours à l'écrit (art. 1358 et ss.). On pourra arriver au même résultat au moyen de l'interrogatoire sur faits et articles (C. pr. art. 324 et ss.).

3° La convention peut aussi être prouvée par témoins, lorsque son objet n'excède pas la valeur de 150 fr. (art. 1341), et même dans tous les cas s'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347).

Cette dernière solution est incontestable, quand le commencement de preuve résulte de tout autre écrit que de l'acte qui a été irrégulièrement dressé pour constater le contrat. Mais c'est une question encore vivement débattue que celle de savoir si cet acte irrégulier peut servir lui-même de commencement de preuve. La négative, quoique généralement repoussée en doctrine et en jurisprudence, nous paraît plus conforme au texte et aux motifs de la loi. — Dire, comme le fait l'art. 1325, que l'acte n'est pas valable, c'est dire en d'autres termes que l'acte n'a aucune valeur comme preuve, qu'il ne prouve pas du tout; or, s'il constituait un commencement de preuve, il aurait donc quelque valeur ! L'opinion contraire soutient, il est vrai, que l'article signifie seulement que l'acte qu'il déclare non valable ne fait pas pleine foi, preuve complète : ce qui ne l'empêche pas de valoir comme commencement de preuve. C'est reconnaître qu'il rend vraisemblable la convention alléguée; il faudra donc aller jusqu'à dire que le juge pourra s'appuyer sur cet acte pour accepter les simples présomptions, pour déférer le serment supplétoire (art. 1367). Mais alors voilà un écrit que la loi frappe d'invalidité, c'est-à-dire qu'elle destitue de tout effet probatoire, et qui aura cependant l'effet de faire demi-preuve. Cette distinction, qui admet des degrés dans la force probante d'un acte déclaré nul purement et simplement, est sûrement arbitraire. — D'un autre côté, le but

essentiel de notre disposition a été de maintenir entre les parties, qui ont passé acte de leurs conventions, l'égalité de position judiciaire ; or cette égalité sera détruite, si l'acte fait simple vaut commencement de preuve, puisque celle des parties qui aura en sa possession l'unique exemplaire, étant seule reçue à faire la preuve par témoins sera mieux armée que son adversaire. Il est assurément permis à l'un des contractants de puiser dans des circonstances étrangères à l'acte des moyens de preuve que l'autre n'aura pas, et par exemple un commencement de preuve par écrit. Mais il n'y a pas là matière à une objection contre nous ; car, ainsi que nous l'avons expliqué, c'est au point de vue de l'*acte* lui-même que le législateur a voulu mettre les parties sur le pied d'une égalité parfaite, et ce résultat ne peut être obtenu que si on considère l'acte comme dénué de toute valeur. Peu importe maintenant que l'acte irrégulier pour inobservation de la formalité du double original réunisse toutes les conditions du commencement de preuve par écrit, telles qu'elles sont définies par l'art. 1347. Par une mesure d'exception, prise dans l'intérêt de l'ordre public, la loi lui enlève dans le cas qui nous occupe toute force probante.

1204. Il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que la formalité du double écrit peut être remplacée par le dépôt, que les parties font d'un commun accord, entre les mains soit d'un notaire, soit d'un simple particulier, de l'original unique qu'elles ont dressé pour constater une convention synallagmatique. Et en effet on arrive par ce moyen, quoique sous une autre forme, à l'égalité de situation que la loi a voulu établir entre les parties contractantes au point de vue de la preuve. *Adde* arg. art. 1318. On peut admettre cette solution, même si l'on considère la formalité du double écrit comme touchant à l'ordre public. Ce qui est d'ordre public, c'est l'égalité de situation des parties au point de vue de la preuve, mais non le moyen employé pour réaliser cette égalité. Cpr. *supra* n. 1181 al. final et Cass., 10 décembre 1884, Sir., 85. 1. 166.

B. *Des actes sous seing privé destinés à constater certaines conventions unilatérales.*

1205. Les actes sous seing privé, qui contiennent une promesse unilatérale ayant pour objet une somme d'argent ou des choses fongibles, sont, eux aussi, soumis à des formes particulières, que l'art. 1326 définit en ces termes : « *Le billet ou la promesse sous seing privé par* » *lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une* » *somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de* » *la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signa-* » *ture il ait écrit de sa main un* bon *ou un* approuvé, *portant en toutes* » *lettres la somme ou la quantité de la chose ; — Excepté dans le cas où* » *l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de* » *journée et de service* ». Ainsi l'acte sous seing privé, qui constate une des conventions prévues par notre texte, doit être écrit en entier de la main de celui qui s'oblige, ou, s'il est écrit par un autre, il faut que le débiteur, outre sa signature, écrive de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité due. Par conséquent la formule banale *Approuvé l'écriture ci-dessus* ne serait pas suffisante, pas plus que le *bon* ou *approuvé* dans lequel la somme ou la quantité promise serait exprimée en chiffres.

1206. Motifs de la loi. — Le législateur a voulu, par la disposition que nous venons d'analyser, empêcher autant que possible les abus de blancs-seings et garantir les personnes contre les surprises de la fraude et les dangers du faux. On peut abuser d'un blanc-seing en y insérant une convention ou des clauses qui n'avaient pas été arrêtées entre les parties. Une manœuvre assez fréquente consiste, de la part du créancier, à exprimer sur le billet qu'il rédige lui-même une somme plus forte que celle qui est réellement due, et à surprendre la signature du débiteur en substituant dans la lecture la somme convenue à la somme faussement exprimée. Enfin, sur un écrit, sans valeur peut-être, mais portant une signature, on peut, à l'aide de procédés chimiques, remplacer l'écriture ancienne par une écriture nouvelle constatant l'obligation de payer une somme d'argent. Ces fraudes, déjà pratiquées sous notre ancien droit, avaient dès cette époque éveillé l'attention du législateur; et, dans le but de les prévenir, la déclaration royale du 22 septembre 1733 avait imposé, quand le débiteur n'avait pas lui-même rédigé le billet, l'approbation écrite *de sa main* et *en toutes lettres* de la somme exprimée dans le corps de l'écrit. Telle a été l'origine de l'art. 1326, dont la disposition est encore *d'ordre public*, puisqu'elle a pour but de garantir la bonne foi contre les pièges de la mauvaise foi.

1207. Cas d'application de l'art. 1326. — Pour délimiter son domaine, nous aurons à voir successivement à quelles obligations et à quelles personnes il s'applique.

1208. 1° Sous le premier aspect, il s'étend à tous les actes sous seing privé contenant un *engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses qui se déterminent au poids, au nombre ou à la mesure.*

Cette formule demande quelques explications.

L'art. 1326 n'est applicable d'abord qu'aux *seules conventions unilatérales*. Il faut entendre par là toutes celles par lesquelles « une ou plusieurs personnes sont obli- » gées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait » d'engagement » (art. 1103). Il est vrai que l'article parle d'une promesse, par laquelle *une seule partie s'engage envers l'autre*. Mais ces mots *une seule partie*, qu'il serait inexact de traduire par ceux-ci *une seule personne*, signifient seulement que l'engagement doit n'exister que d'un seul côté, et n'ont pas d'autre portée que de marquer le caractère unilatéral de l'obligation. Autrement la loi eût été inconséquente, puisque, même quand il y a pluralité de débiteurs, les inconvénients auxquels elle a voulu obvier sont susceptibles de se produire.

Il en résulte que les formalités ci-dessus indiquées doivent être remplies dans l'hypothèse où l'obligation a été contractée par plusieurs personnes conjointement ou solidairement envers une ou plusieurs autres, aussi bien que lorsqu'elle a été contractée par une seule. Il ne suffirait même pas alors que l'acte fût écrit en entier de la main de l'un des coobligés et signé seulement par les autres ; il faudrait un *bon* ou *approuvé* de la part de *tous* ceux qui n'ont pas écrit l'acte. Il en serait

de même d'un billet souscrit par deux époux au profit d'un tiers, dans le cas par exemple où le mari l'a écrit de sa main et où sa femme s'est contentée de le signer.

En sens inverse, il résulte du principe posé que ces mêmes formalités ne sont pas exigées dans le cas de conventions synallagmatiques. Cass., 3 mai 1886, Sir., 86. 1. 351. Les rédacteurs du code en donnent cette raison que, l'acte qui constate de telles conventions étant rédigé en plusieurs originaux pour être remis à chacune des parties, celles-ci ont un moyen facile de s'éclairer promptement sur l'erreur ou sur la fraude. Mais il peut arriver qu'à l'occasion d'une convention synallagmatique on contracte une obligation unilatérale parfaitement distincte des obligations réciproques qui découlent de la première, et que ces deux faits juridiques soient contenus dans le même acte. On a inséré par exemple dans un acte de bail une clause constatant une avance d'argent faite par le preneur au bailleur; dans cette hypothèse, les parties doivent remplir les formalités de l'art. 1325 pour le bail, et celles de l'art. 1326 pour le prêt.

Il ne suffit pas, au point de vue de l'application de notre article, que la convention ait un caractère unilatéral; il faut aussi qu'elle ait pour objet *une somme d'argent ou une chose appréciable*. Cette dernière expression, qui par sa généralité semble comprendre tout ce qui a une valeur pécuniaire, désigne ici seulement les choses qui s'apprécient au poids, au nombre ou à la mesure, *quæ pondere, numero mensurave constant*. La fin de l'article démontre en effet qu'il s'agit de choses dont l'indication se résume dans une quantité, c'est-à-dire dans un chiffre.

La déclaration du 22 septembre 1733 avait une portée encore plus restreinte; car elle ne s'appliquait qu'aux *billets sous seing privé causés pour valeur en argent*. Le législateur, en limitant ainsi l'étendue de sa disposition, a eu l'intention d'écarter la fraude des actes sous seing privé, en la paralysant dans le but même qu'elle se propose d'atteindre de préférence. Or ce but a consisté dans tous les temps à se faire souscrire des promesses de sommes d'argent, ce qu'on nomme vulgairement des *billets*. A ce point de vue, le code de 1804 a bien fait d'assimiler à la promesse de payer une somme d'argent l'engagement de livrer des choses qui s'apprécient au poids, au nombre ou à la mesure, parce que ces choses, d'une réalisation ordinairement facile, équivalent à une somme d'argent.

Par conséquent l'art. 1326 n'est pas applicable aux obligations unilatérales qui ont pour objet la livraison d'un *corps certain et déterminé*. On doit même aller jusqu'à dire que la formalité du *bon* ou *approuvé* n'est pas requise, lorsque l'obligation unilatérale a pour objet une somme d'argent ou une quantité *qui ne peut être fixée au moment de la rédaction de l'acte*. Ainsi c'est une caution qui s'oblige pour toutes les dettes que *Primus* contractera envers *Secundus*, ou bien l'on s'engage envers une personne à lui fournir pendant un certain temps tout le blé nécessaire à son alimentation et à celle de sa famille (arg. de ces mots : *portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose*).

1209. 2° Quelle est maintenant, au point de vue des personnes l'étendue d'application de l'art. 1326? En principe, il s'applique à toutes les personnes qui souscrivent les actes rentrant dans sa disposition. Mais, dans sa partie finale, il apporte à cette règle un grand nombre d'exceptions, basées sur la seule considération de la profession exercée par celui de qui émane le billet ou la promesse.

D'abord la loi dispense des formalités prescrites les *marchands* ou commerçants, c'est-à-dire tous ceux qui accomplissent des actes de commerce habituellement, professionnellement et en leur nom person-

nel. Cette exception était commandée par les intérêts du négoce. Imposer aux commerçants la nécessité d'écrire eux-mêmes les billets qu'ils souscrivent ou de faire précéder leur signature d'un *bon* ou *approuvé,* c'eût été compliquer de formalités gênantes les opérations commerciales, que la loi et la pratique tendent au contraire à simplifier de plus en plus. Et puis la vie des affaires donne aux commerçants une expérience et une circonspection, qui les défendent suffisamment contre les surprises de la fraude.

Mais cette dispense est-elle attachée à la qualité de commerçant, ou bien à la nature commerciale de l'obligation constatée ? Les opinions sont encore aujourd'hui très divisées sur la question. Pour nous, nous inclinons à penser que l'exception se réfère exclusivement à la profession, et que par suite le commerçant est toujours dispensé du *bon* ou *approuvé,* même quand il contracte des obligations purement civiles. D'abord l'art. 1326 ne fait aucune distinction, et, quand son texte parle des commerçants, il est arbitraire d'en restreindre l'application au cas où il s'agit d'actes de commerce. D'autre part, notre solution se légitime par de bonnes raisons. L'esprit du droit commercial est d'affranchir le commerçant, à raison même de cette qualité, de ces mesures de protection qui le protègent trop et qui vont le plus souvent jusqu'à affaiblir son crédit. Nous disions tout à l'heure qu'il est suffisamment défendu contre la fraude par l'habitude des affaires. Eh bien ! la personne ne se scinde pas ; il apportera dans ses affaires civiles la même prudence que dans les actes de son commerce. Nous sommes ainsi conduits à cette conséquence : que celui qui n'exerce pas la profession de commerçant et qui accomplit un acte de commerce isolé, reste soumis à la formalité du *bon* ou *approuvé,* quand le billet qu'il souscrit a une cause commerciale. Ce résultat est d'ailleurs très rationnel : les dangers contre lesquels la loi veut le prémunir sont les mêmes, soit qu'il s'oblige en matière civile, soit qu'il contracte accidentellement une obligation commerciale.

L'art. 1326 excepte encore de sa disposition les *artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service.* Ces diverses catégories de personnes, qui constituent la partie la plus nombreuse de la population, représentent malheureusement aussi les classes les plus inexpérimentées et les plus ignorantes. Il semble que c'est surtout pour elles qu'eût dû être écrite la disposition protectrice de l'art. 1326, puisque c'est parmi elles que la fraude recrute ses principales victimes. Ne peut-on pas dire que la loi, par une étrange anomalie, retire sa protection à ceux qui en ont le plus besoin, et qu'elle la réserve pour ceux qui par leur instruction sont le mieux en état de se protéger eux-mêmes ? A notre avis, ce reproche est fondé. L'auteur de la déclaration de 1733 et les rédacteurs du code civil expliquent, il est vrai, l'exception critiquée, en disant que parmi les personnes qui y sont comprises beaucoup savent signer sans savoir écrire, et que, leur imposer la formalité du *bon* ou *approuvé,* c'eût été les contraindre à faire les frais d'un acte notarié. Cette raison pouvait avoir autrefois quelque importance ; mais aujourd'hui, en présence des développements qu'a déjà reçus l'instruction publique et de son extension toujours croissante, elle ne

nous paraît pas suffire pour justifier une exception sous le poids de laquelle la règle succombe. A ce point de vue, la disposition surannée de l'art. 1326 appelle une urgente réforme.

Pour juger si un acte, qui de sa nature est soumis à la formalité du *bon* ou *approuvé*, s'en trouve exceptionnellement affranchi à raison de la qualité du signataire, on doit se reporter *au temps où cet acte a été rédigé*. Ainsi celui qui était commerçant à l'époque où il a souscrit un billet, ne sera pas fondé à arguer de l'inobservation des formalités précitées, s'il avait cessé d'être commerçant à l'époque de l'échéance; il le pourrait au contraire, si, devenu commerçant lors de l'échéance, il ne l'était pas encore à la date de la souscription du billet.

1210. Conséquences de l'inobservation des formalités prescrites. — L'absence de ces formalités a seulement pour effet d'infirmer la *force probante de l'acte*, et de l'empêcher de faire par lui-même contre le souscripteur preuve complète de l'obligation qu'il constate. Le juge ne pourrait donc pas, sans violer la loi, prononcer une condamnation sur le seul fondement d'un semblable écrit. Mais le vice de l'acte n'exerce aucune influence sur la *validité de l'obligation*; et le créancier pourra la faire exécuter, si elle est prouvée de toute autre manière d'après les principes du droit commun.

Jusque-là la sanction qui résulte de l'art. 1326 est la même que celle qu'édicte l'art. 1325; mais voici où elles se séparent. L'art. 1325 déclare nuls ou non valables les actes, dans lesquels la formalité des doubles n'a pas été remplie. L'art. 1326, moins rigoureux, ne prononce pas la nullité des actes qui ne sont pas revêtus de la formalité du *bon* ou *approuvé;* il se borne à dire que le billet « doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins qu'il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou *approuvé* ». Rien de moins absolu que cette formule, surtout lorsqu'on la place en regard des termes impératifs de la déclaration de 1733 qui déclarait *de nul effet et valeur* les billets non conformes à ses prescriptions. La seule conclusion qu'on en puisse tirer, c'est que l'acte irrégulier ne produit pas l'effet qu'il eût produit s'il avait été revêtu des formes légales, c'est qu'il ne vaut pas comme titre d'obligation. Mais il vaut à tout autre point de vue, puisque la loi ne défend pas d'une manière absolue aux parties de s'en servir ni au juge d'en tenir compte. D'où il suit que les actes sous seing privé qui ne sont pas conformes à l'art. 1326, à la différence de ceux pour lesquels les formalités de l'art. 1325 n'ont pas été observées, peuvent constituer un *commencement de preuve par écrit*, susceptible de donner passage à la preuve testimoniale ainsi qu'à la preuve par simples présomptions, et d'autoriser la délation du serment supplétoire. Cass., 7 juin 1882, Sir., 84. 1. 157. Cette solution, à laquelle conduit le texte de la loi, est en harmonie parfaite avec l'esprit qui lui a inspiré cette double disposition. Lorsqu'elle a exigé la formalité des doubles, elle a voulu que les contractants, puisque leurs conventions étaient constatées par écrit et qu'elles les obligeaient réciproquement, fussent tous dans une position égale au point de vue de la preuve littérale qu'ils avaient eu l'intention de se procurer; elle devait donc, pour être conséquente, enlever toute valeur à l'acte fait simple et qui par suite ne pouvait appartenir qu'à une seule des parties. Mais le législateur se propose d'atteindre un but tout différent par l'art. 1326 : dans sa pensée la formalité du *bon* ou *approuvé* doit paralyser les tentatives de la fraude; cependant l'absence de cette mention n'est pas un indice certain de mauvaise foi, elle peut être le résultat de l'oubli ou de l'ignorance. Il ne devait donc pas frapper l'acte non conforme aux prescriptions de l'art. 1326 d'une

inefficacité absolue, afin de permettre au créancier de l'invoquer et d'établir, en le complétant au moyen d'autres preuves, la légitimité de sa créance; c'était servir la cause de la bonne foi.

1211. L'irrégularité de l'acte, provenant de l'omission du *bon* ou *approuvé*, peut être couverte, comme dans le cas de l'art. 1325, par l'*exécution volontaire de l'obligation*. Il y a pour l'admettre une raison *a fortiori*, puisque l'acte est vicié d'une manière moins grave. Aucune difficulté ne peut surgir, quand l'exécution est totale; mais pour l'exécution partielle, il faut faire une distinction. Elle confirme l'acte, et lui restitue toute sa force probante, si elle fait connaître le montant de la promesse, si elle consiste par exemple dans un paiement d'intérêts correspondant à la totalité de la somme mentionnée dans le billet; mais, si elle ne rend pas certaine la somme ou la quantité de la chose due, elle est impuissante à effacer le vice de l'acte, et le souscripteur pourra toujours soutenir qu'il s'est engagé pour une somme ou une quantité moins forte que celle portée dans l'acte. Car précisément la formalité du *bon* ou *approuvé* a été instituée pour garantir que le signataire a connu exactement le montant de l'obligation exprimée.

1212. Telles sont les conséquences qu'il faut assigner à l'omission des formes prescrites par l'art. 1326. Mais il peut se faire aussi que ses prescriptions n'aient été qu'imparfaitement remplies. Ainsi il n'y a pas conformité entre le corps de l'acte et le *bon* ou *approuvé* quant au chiffre de la somme ou de la quantité qu'ils énoncent. Le code prévoit cette hypothèse dans l'art. 1327 : « *Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au* bon, » *l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même* » *que l'acte ainsi que le* bon *sont écrits en entier de la main de celui qui* » *s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur* ».

Les rédacteurs du code ont emprunté cette disposition, non à la déclaration de 1733 qui n'avait pas prévu l'hypothèse, mais à l'ouvrage de Pothier qui l'avait au contraire longuement examinée. Il s'inspirait, pour en résoudre les difficultés, de cette règle d'interprétation, reproduite par l'art. 1162, que dans le doute la présomption est toujours en faveur du débiteur. *Semper in obscuris quod minimum est sequimur*, dit la loi 9, D., *De reg. juris*, L. 17. L'application des principes suffisait donc pour trancher la question; c'était l'affaire de la doctrine, et le législateur aurait pu se dispenser de s'en occuper.

III. *De la force probante de l'acte sous seing privé.*

1213. Comme pour l'acte authentique, nous verrons successivement quelle est la force probante de l'acte sous seing privé considéré en lui-même, et quelle est celle qui s'attache à son contenu.

Le principe fondamental de la matière est posé dans l'art. 1322 que nous faisons connaître tout d'abord parce qu'il domine toutes nos explications : « *L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on*

» *l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont sous-*
» *crit et entre leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte*
» *authentique.*

A. *Force probante de l'acte sous seing privé considéré en lui-même.*

1214. L'acte sous seing privé ne fait pas par lui-même preuve de sa vérité (arg. des mots *reconnu* et *tenu pour reconnu* de l'art. 1322). Comme la signature des parties constitue la forme substantielle de l'acte sous seing privé, cela revient à dire que cette signature, par le seul fait de son apposition, n'est pas présumée jusqu'à preuve contraire émaner de celui dont elle exprime le nom. Il en est autrement de l'acte public, à qui il suffit de la simple apparence authentique pour jouir d'une présomption d'authenticité (*supra* n. 1184). Tandis que l'acte public se prouve lui-même, *acta probant se ipsa,* suivant l'énergique expression de Dumoulin, l'acte sous seing privé, au contraire, ne se prouve pas lui-même. La raison de cette différence, c'est que, l'acte sous seing privé portant des signatures inconnues, les faux en écriture privée sont par cela même plus faciles à commettre et partant plus fréquents que les faux en écriture authentique. En outre, la peine étant moins sévère, puisqu'elle ne consiste que dans la réclusion (C. pén. art. 150 et 151), le pouvoir d'intimidation de la loi se trouve moindre.

Mais l'acte sous seing privé acquiert, au point de vue qui nous occupe, la même force probante que l'acte authentique, lorsque celui à qui on l'oppose a *reconnu* que la signature est bien de lui ou de son auteur, ou, en cas de dénégation, quand elle a été, par un jugement, légalement *tenue pour reconnue,* c'est-à-dire après une vérification dans les formes prescrites par le code de procédure civile (art. 193 à 213). Dans les deux cas, l'acte sous seing privé fait preuve de la sincérité de la signature jusqu'à inscription de faux (C. pr. art. 214).

La reconnaissance volontaire ou la vérification en justice doivent porter, tantôt sur la signature seulement, si l'acte sous seing privé vaut sous la seule condition d'être signé par le souscripteur (ce qui est le cas ordinaire), tantôt sur l'écriture et la signature à la fois, quand l'acte ne peut être régulier qu'à la condition d'être, non seulement signé, mais encore écrit par lui en tout ou en partie. Tel est le cas du testament olographe, de la formalité du *bon* ou *approuvé,* etc.

Il ne faut pas exagérer toutefois l'infirmité naturelle des actes sous seing privé, et dire qu'ils sont destitués absolument de toute force probante. Comme ils sont en général sincères, la loi leur attache une présomption de vérité simplement *provisoire.* Ainsi celui qui veut en faire usage n'est pas préalablement tenu, comme il l'était sous notre ancienne jurisprudence (édit de 1684), d'en obtenir la reconnaissance ou d'en

faire opérer la vérification; il peut *de plano* l'opposer au signataire apparent. Si ce dernier garde le silence ou s'il se défend au fond, il est censé reconnaître la vérité de l'acte qui lui est opposé. Mais il n'a besoin, pour lui ôter toute espèce de valeur, que de déclarer que la signature ou l'écriture n'est pas la sienne. Cette dénégation fait naître une présomption de fausseté égale à la présomption de vérité qui s'attachait à l'acte sous seing privé, et par suite la preuve qu'il est sincère incombe à celui qui le produit. Seulement la loi exige une déclaration catégorique, un *désaveu formel,* au moins lorsque l'acte est opposé au signataire apparent; il ne pourrait pas se borner à répondre qu'il n'en connaît pas l'écriture ou la signature; car, puisqu'il peut savoir à première vue si elle est ou non la sienne, cette attitude serait inexplicable. La loi se contente au contraire d'une *simple méconnaissance,* quand l'acte est opposé aux héritiers ou ayant cause du prétendu signataire, parce qu'on ne peut pas connaître l'écriture ou la signature de son auteur. Les explications qui précèdent permettent maintenant de comprendre les dispositions des art. 1323 et 1324.

Art. 1323. *Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. — Ses héritiers ou ayant-cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.*

Art. 1324. *Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayant-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.*

B. *De la force probante du contenu de l'acte sous seing privé.*

1215. Nous supposons bien entendu que l'acte sous seing privé a été reconnu ou légalement tenu pour reconnu.

Il faut distinguer tout d'abord, et cette distinction est capitale, la *réalité matérielle* et la *sincérité morale* des déclarations qui y sont portées.

Sous le premier point de vue, la formule de l'art. 1322 est vraie : l'acte sous seing privé a absolument la même force probante que l'acte authentique. Ainsi il prouve jusqu'à inscription de faux que les parties contractantes ont écrit telle clause, ont apposé telle date sur l'acte qu'elles ont dressé de leurs conventions; car soutenir le contraire, c'est évidemment affirmer que l'acte a été falsifié après coup.

Mais la formule légale cesse d'être vraie, quand on se place au point de vue de la *sincérité* des déclarations des parties. Dans l'acte authentique, on distingue, au point de vue de la foi qui leur est due, deux ordres de mentions. Il y a d'abord les mentions qu'on ne peut contredire qu'en attaquant la véracité de l'officier public : ce sont

celles qui relatent des faits accomplis par lui-même ou dont il constate l'existence sur le témoignage de ses propres sens. Il y a ensuite les mentions pour lesquelles une affirmation contraire n'attaque que la véracité des parties : ce sont celles qui se rapportent aux faits déclarés par elles. Les premières font foi jusqu'à inscription de faux; les secondes, seulement jusqu'à preuve du contraire (*supra* n. 1185). Dans les actes sous seing privé, il n'y a naturellement que des mentions de la seconde catégorie, puisqu'aucun officier public n'intervient dans sa confection. Donc l'acte sous seing privé n'a pas la même foi que l'acte authentique, puisqu'*il ne fait toujours foi de la sincérité des mentions qu'il contient que jusqu'à preuve contraire.* — Nous nous bornons à signaler la conséquence pratique qui en résulte au point de vue de la *date*. Les actes authentiques font preuve de leur date jusqu'à inscription de faux, parce qu'on ne peut soutenir que la date est inexacte qu'en accusant l'officier public d'avoir altéré la vérité. L'acte sous seing privé, au contraire, ne fait preuve de la sincérité de sa date que jusqu'à preuve contraire, parce qu'elle s'analyse dans la déclaration que font les parties d'avoir dressé l'acte au jour indiqué, et que dès lors elle ne saurait avoir d'autre force probante que celle qui s'attache à toute déclaration émanée des parties.

Voilà pour le dispositif. Quant à la foi due aux déclarations *purement énonciatives,* nous savons que l'art. 1320 assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique, et nous renvoyons aux développements que nous avons déjà donnés à ce sujet (*supra* n. 1188).

1216. Telle est l'intensité de la force probante que la loi reconnaît aux actes sous seing privé et aux mentions qu'ils contiennent; il nous reste à voir quelle est son étendue, c'est-à-dire quelles sont les personnes à l'égard desquelles elle existe. Sur ce point encore, nous allons constater une différence avec l'acte authentique, et au détriment toujours de la foi due à l'acte sous seing privé.

Comme l'acte authentique, l'acte sous seing privé reconnu ou légalement tenu pour reconnu fait preuve de lui-même et de tout ce qu'il contient, quoique dans une mesure différente, *soit entre les parties et leur ayant cause à titre universel ou à titre particulier, soit même à l'égard des tiers.* En principe, la présomption de vérité, qui s'attache aux actes instrumentaires, ne saurait être relative.

Il est vrai que les termes de l'art. 1322 semblent limiter cet effet aux souscripteurs, à leurs héritiers et ayant cause; mais nous avons déjà établi, en expliquant l'art. 1319 (*supra* n.n. 1186 et 1187), que le code ne s'occupe pas de la force probante des actes à l'égard des tiers. Il n'y a donc à tirer aucune induction du silence de l'art. 1322. Pothier d'ailleurs, dont le législateur a presque servilement consacré la doctrine, Pothier enseigne formellement que les actes sous seing privé, de même que les actes authentiques, prouvent contre les tiers *rem ipsam,* c'est-à-dire « que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée ». Mais il n'en résulte pas

évidemment que les tiers seront obligés de subir les conséquences juridiques des faits qui y sont relatés et auxquels ils sont restés étrangers. Il ne faut pas confondre la force probante de l'écrit avec l'effet de la convention qu'il constate ; sous ce dernier aspect, les tiers se trouvent placés sous l'empire de ce principe de raison reproduit par l'art. 1165 : *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest* (*supra* n. 908).

1217. Toutefois le principe, que l'acte sous seing privé reconnu ou vérifié fait preuve de son contenu à l'égard de tout le monde, comme l'acte authentique, reçoit une exception importante en ce qui concerne la *date*. A l'égard d'une certaine classe de personnes, que la loi appelle *tiers*, la date apparente n'est pas présumée sincère, en ce sens que ce n'est pas à celui à qui on oppose l'acte de prouver que la date est fausse, c'est à celui qui se prévaut de l'acte de prouver la sincérité de la date ; et il ne le peut qu'en démontrant sa certitude suivant l'un des modes indiqués par l'art. 1328. C'est ce qu'on est convenu d'appeler la *formalité* ou la *condition* de la *date certaine*. L'art. 1328 est ainsi conçu : « *Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers, que du* » *jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de* » *ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée* » *dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux* » *de scellés ou d'inventaire* ».

L'explication de cet article se résume dans cette double question : 1° De quelle manière un acte sous seing privé acquiert-il date certaine ; 2° A l'égard de quelles personnes la loi exige-t-elle la certitude de la date pour qu'elle leur soit opposable ?

1. *De la certitude légale de la date.*

1218. La *date certaine* est celle dont la sincérité ne peut être attaquée que par l'inscription de faux.

Les actes sous seing privé acquièrent date certaine dans trois cas :

1° *Du jour où ils ont été enregistrés.* L'enregistrement est une formalité qui consiste dans la relation de la substance des actes sur un registre à ce destiné et tenu par un officier public. Il constitue le moyen normal et pratique de conférer date certaine aux actes sous seing privé.

2° *Du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux* QUI LES ONT SOUSCRITS, c'est-à-dire du signataire ou de l'un des signataires de l'acte, fût-ce de la personne qui l'a signé en qualité de simple témoin ; l'art. 1410, qui présente une application pure et simple de l'art. 1328, ne laisse aucun doute sur l'exactitude de cette interprétation. Mais il ne faudrait pas attribuer le même effet au décès de la personne non signataire qui l'aurait seulement écrit. Sur ce point, l'argument de texte se corrobore

par cette raison, qu'un corps d'écriture ne présente pas au même degré que la signature la garantie de l'identité de celui qui l'a tracé.

3° *Du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.* Une simple mention de l'acte sous seing privé ne suffit pas; il faut que l'acte authentique en relate la *substance,* c'est-à-dire les clauses et dispositions qui le distinguent de tout autre acte et qui, en l'individualisant en quelque sorte, permettent de le reconnaître sans équivoque possible.

Tels sont les trois faits qui rendent certaine la date des actes sous seing privé. La liste en est fermée, et il est impossible d'y ajouter aucun autre événement, quelque analogie qu'il présente avec ceux indiqués par le législateur, lors même qu'il impliquerait une impossibilité presque absolue d'écrire ou de signer, comme l'amputation des quatre membres. Les termes de l'art. 1328 ne peuvent laisser subsister aucun doute sur le caractère limitatif de sa disposition.

Ajoutons en terminant que l'acte sous seing privé n'a pas besoin d'avoir date certaine, quand celui à qui on l'oppose connaissait, au moment où il a contracté, l'époque précise à laquelle il a été rédigé. Ce n'est pas, comme on le dit souvent, parce que cette connaissance équivaut à la certitude de la date; assurément la date dans ce cas n'est pas certaine, et elle ne fait pas foi à l'égard de tout le monde. La vraie raison, c'est qu'il y aurait un dol à se prévaloir de l'incertitude légale de la date, alors qu'on connaissait l'existence de l'acte, et que les tribunaux ne peuvent s'en rendre complices en acceptant un tel moyen de défense.

2. *Des personnes à l'égard desquelles la loi exige la certitude de la date.*

1219. L'art. 1328 désigne sous le nom de *tiers* les personnes, contre lesquelles l'acte sous seing privé ne fait preuve de sa date qu'autant qu'elle est certaine. Mais ce mot est bien loin d'avoir une signification précise et uniforme; il affecte des sens presque aussi divers que les théories à propos desquelles on le trouve employé; c'est une de ces expressions juridiques qu'il faut entendre *secundum subjectam materiam,* c'est-à-dire d'après le but que le législateur, en édictant ses règles, s'est proposé d'atteindre. Le plus sûr est donc, pour résoudre la question, de se demander quels sont les motifs qui lui ont inspiré la disposition de l'art. 1328. Pothier, à qui elle est empruntée, nous l'indique dans ce passage : « Les actes sous seing privé ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci, ayant une date constante par le témoignage de l'officier public qui a reçu l'acte, font foi contre les tiers que la chose contenue dans l'acte s'est passée dans le temps porté par l'acte; au lieu que les actes sous signature privée, *étant sujets à être antidatés,* ne font ordinairement foi contre les *tiers,* que la chose qu'ils renferment s'est passée, sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux *tiers* » (n. 750). L'antidate, aussi facile à

commettre dans les actes sous seing privé que difficile à établir, et les fraudes qu'elle sert à déguiser, voilà le danger que la loi actuelle a voulu prévenir comme celle d'autrefois. Le problème ainsi posé revient à se demander quelles sont les personnes auxquelles un acte sous seing privé est opposable et qui par suite sont exposées à souffrir d'une antidate.

Cette seule position de la question élimine d'abord toute une classe de personnes, celles qu'on appelle, suivant l'expression de Dumoulin, les tiers *penitus extranei*. Ce sont ces tiers dont s'occupe l'art. 1165 et que nous avons définis : tous ceux qui n'ont pas participé à la convention relatée dans l'acte ou qui n'y ont pas été valablement représentés (*supra* n. 908). Puisque l'acte sous seing privé ne leur est jamais opposable, puisqu'il ne peut produire d'effet ni pour ni contre eux, que leur importe qu'il ait ou non date certaine ? On ne saurait supposer que le législateur ait imaginé la théorie de la date certaine pour sauvegarder des droits qui n'étaient nullement menacés !

Il est une autre catégorie de personnes auxquelles, pour une raison inverse, l'art. 1328 est complètement étranger : ce sont les *parties contractantes*. Il parle de tiers, et cette expression est opposée précisément à celle de parties contractantes. *Tiers* vient en effet de *tertius*, troisième, et sert à désigner toute personne autre que les deux qui sont absolument nécessaires pour conclure une convention. Par conséquent les parties contractantes restent sous l'empire de la règle générale formulée par l'art. 1322, et l'acte sous seing privé établit par lui seul à leur égard, au moins jusqu'à preuve contraire, la sincérité de sa disposition et celle de sa date. Car pour elles la date est le plus souvent de peu d'importance : du moment que la convention ou le fait juridique est constant, elles sont obligées d'en subir les effets, quelle que soit l'époque où il a eu lieu. Donc, en règle générale, elles sont sans intérêt pour contester la vérité de la date.

Nous disons *en règle générale;* car cet intérêt existe quelquefois, et notamment dans le cas où une personne a subi un changement d'état par suite d'un jugement d'interdiction. La validité de la convention, à laquelle est subordonnée la valeur de l'acte, de l'instrument, dépend ici du moment où elle a été formée. Alors apparaît le danger de l'antidate ; car on a pu abuser de l'état mental de l'incapable pour apposer sur l'acte une fausse date, qui fait remonter sa passation à une époque de capacité. Mais le législateur n'a pas voulu exiger dans ce cas la condition de la date certaine, parce que c'eût été imposer d'une manière absolue la formalité de l'enregistrement, toute personne pouvant d'un instant à l'autre devenir incapable. Il a considéré que ce danger d'antidate, bien que réel, se produirait assez rarement, et que la mesure, par laquelle on tenterait de la prévenir, ne compenserait pas les embarras qu'elle apporterait dans les actes quotidiens de la vie civile. Que si une antidate a été réellement commise, il reste toujours à l'incapable ou à son représentant la ressource extrême de prouver la fausseté de la date et d'établir que l'acte a été consenti en temps d'incapacité, preuve qu'il peut administrer même à l'aide de simples présomptions.

Après cette double élimination, on ne trouve plus qu'une classe de personnes auxquelles l'art. 1328 puisse être applicable : ce sont les *ayant cause* des parties contractantes. Mais cette classe est fort nombreuse, et comporte ici une grande distinction.

L'expression *ayant cause,* qui vient de Dumoulin, est un mot générique, *verbum generale,* employé pour désigner toute personne qui tire tout ou partie de ses droits d'une autre personne qu'on appelle son *auteur,* et qui, au point de vue de ces droits, est au lieu et place de son auteur, a la même condition que lui, *ille qui causam auctoris habet* (1). Il y a donc dans la notion d'ayant cause deux idées essentielles : succession d'une personne aux droits d'une autre, et, comme conséquence, identité, similitude de position quant aux droits transmis. Or on peut succéder à un autre, soit quant à un ensemble de droits, soit relativement à tel ou tel droit particulier, réel ou personnel. Dans le premier cas on est ayant cause *à titre universel,* dans le second, ayant cause *à titre particulier* ou *singulier.* Par conséquent les ayant cause à titre universel ont, comme dit Dumoulin, *omnem causam et jus auctoris;* tous les droits acquis par leur auteur, à l'exception de ceux qui sont inhérents à sa personne, comme l'usufruit, leur profitent, et toutes ses obligations doivent être accomplies par eux, n'importe la date de leur formation ; en un mot, ils succèdent à tous les droits et à toutes les obligations de leur auteur. Ce sont les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les légataires et donataires universels ou à titre universel, les créanciers chirographaires, qui n'ont qu'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur et qui profitent ou souffrent des augmentations ou des diminutions qui proviennent de son fait. — Les ayant cause à titre singulier, au contraire, *habent causam auctoris propter rem singulam.* Ils ne succèdent qu'aux droits et aux obligations qui affectent la chose déterminée par eux acquise. Tels sont les acheteurs, les cessionnaires de créance, les légataires à titre particulier, les fermiers, les créanciers hypothécaires ou privilégiés, etc.

De ces deux catégories d'ayant cause, il y en a évidemment une, que l'art. 1328 ne concerne pas : c'est celle des ayant cause à titre universel. Puisqu'ils sont ayant cause *in universum jus,* puisqu'ils ne font en quelque sorte avec leur auteur qu'une seule et même personne, tous les actes que celui-ci a consentis à une époque quelconque les lient, et ils ne peuvent séparer leur cause de la sienne à aucun moment de sa vie. Par conséquent la date de l'acte sous seing privé leur sera, de même qu'à leur auteur, partie contractante, le plus souvent

(1) En effet *causa,* dans l'expression ayant cause, *habens causam,* signifie position, condition. « *Sic enim cum sua causa,* dit Dumoulin, *res transferri dicitur, id est cum suo onere, vel jure quaque conditione est* ». Et ce sens est du reste conforme à la tradition romaine (l. 67, D., *De contrah. empt.,* XVIII, 1; — l. 31, pr., D., *De reb. cred.,* XII, 1; — l. 12, § 2, D., *Fam. erçisc.,* X, 2; — Gaius, c. III, § 131).

indifférente. Tenus de remplir tous ses engagements, ils n'ont en principe aucun intérêt à connaître au juste l'époque où ils ont pris naissance.

Nous disons *en principe;* car, dans quelques circonstances, rares à la vérité, ils ont intérêt à contester la sincérité de la date. Il y a d'abord le cas où leur auteur aurait éprouvé un changement d'état : les ayant cause à titre universel ne sont pas tenus, on le comprend, de respecter les engagements pris par leur auteur en temps d'incapacité et qui ne le liaient pas lui-même. L'art. 1975, qui annule la rente viagère « créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée » dans les vingt jours de la date du contrat », offre un autre exemple du même intérêt; dans cette hypothèse encore, on peut facilement abuser de l'esprit malade du crédi-rentier pour lui faire antidater l'acte constitutif de la rente. Toutefois, le législateur n'a pas cru devoir prescrire en faveur des ayant cause à titre universel la mesure protectrice de la date certaine, mû par la même raison que celle que nous avons signalée à propos des parties contractantes. Pour remédier à une fraude exceptionnelle, il eût compromis la sécurité des conventions constatées par des actes sous seing privé, ou mis tous les contractants dans la nécessité de faire les frais d'un enregistrement. Les ayant cause à titre universel restent donc placés sous l'empire de la disposition générale de l'art. 1322. D'ailleurs ils ont toujours la ressource de prouver l'antidate, et ils peuvent en administrer la preuve de toute manière (art. 1348).

Il ne reste donc plus que les ayant cause à titre particulier ; et, au point auquel nous sommes arrivés dans notre recherche, il faut que l'art. 1328 s'applique à eux, à moins de ne s'appliquer à personne.

1220. Il est d'ailleurs facile de démontrer d'une manière directe qu'ils sont effectivement les tiers pour lesquels cette disposition a organisé la garantie de la date certaine, parce qu'ils sont les plus exposés à souffrir de l'antidate.

D'abord, les ayant cause à titre particulier sont à certains égards de *véritables tiers.* A la différence des ayant cause à titre universel, qui sont ayant cause d'une manière générale, c'est-à-dire pour toute la vie de leur auteur, pour tous les faits juridiques qu'il peut avoir accomplis, les ayant cause à titre particulier ne le sont, eux, que d'une manière relative, à l'égard de certains faits seulement, *in quantum causam habent,* suivant le langage de Dumoulin. Comme on ne transmet que les droits qu'on a et tels qu'on les a, ils seront obligés de subir les conséquences de tous les faits juridiques, émanés de leur auteur avant le contrat qu'ils ont passé avec lui et qui viennent détruire ou seulement restreindre le droit à eux transmis. Mais, quant aux faits qui n'ont été accomplis que postérieurement, comme il n'est pas au pouvoir de l'auteur de porter atteinte à des droits dont il s'est précédemment dépouillé, ces faits ne leur seront point opposables. Ainsi, ayant cause de leur auteur pour tous les actes antérieurs à la naissance de leur droit, ils deviennent à son égard des tiers *penitus extranei* pour tous les actes postérieurs. Obligés de subir l'effet des premiers par application de la règle *Non debeo melioris conditionis*

esse quam auctor meus a quo jus in me transit (l. 175, § 1, D., *De reg. jur.*, L. 17.), ils sont fondés à repousser l'effet des seconds en invoquant la maxime *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.*

Primus par exemple vend à *Secundus* un domaine, sur lequel il avait déjà constitué un droit d'usufruit au profit de *Tertius*. Il est trop évident que *Secundus* sera obligé de supporter cet usufruit quoiqu'il restreigne singulièrement son droit de propriété. C'est que, pour le passé, il est ayant cause de son vendeur, et qu'il n'a pu à ce titre acquérir la chose que dans l'état où elle se trouvait entre les mains de son auteur, amoindrie dès lors par tous les droits que celui-ci a pu concéder et qui affectent la chose transmise. Mais si, retournant l'hypothèse, nous supposons que la constitution d'usufruit a suivi la vente, *Secundus* ne sera pas tenu de supporter l'usufruit, par la raison toute simple que *Primus* seul était impuissant à transmettre un droit qu'il n'avait plus, et qu'on ne peut opposer à *Secundus* une convention où il n'a pas figuré. Au point de vue du droit dont il est définitivement et exclusivement investi, *Secundus,* acheteur, est pour l'avenir à l'égard de son vendeur un véritable tiers. Voyez toutefois *infra* n. 1222.

D'autre part, les ayant cause à titre particulier sont les personnes *les plus exposées à souffrir de l'antidate des actes sous seing privé, et qui ont l'intérêt le plus pressant à s'assurer de la sincérité de leur date.* Le maintien du droit qu'ils ont acquis en dépend absolument, et le souci de leurs intérêts si gravement menacés devait attirer la sollicitude d'un législateur vigilant. S'il ne s'en était pas préoccupé, et si par suite l'acte sous seing privé reconnu ou vérifié avait fait preuve contre eux tant de sa date que de la convention ou du fait qu'il constate, il eût ouvert la porte à toutes les fraudes, et laissé sans défense des droits légitimement acquis. Qui eût empêché le vendeur par exemple de revendre ensuite la chose même qu'il avait déjà vendue, et, pour rendre efficace cette seconde vente, d'apposer sur l'écrit qui la renferme une fausse date qui la fît remonter à une époque antérieure à la précédente aliénation ? Le premier acheteur aura sans doute la faculté de démasquer cette manœuvre ; mais la preuve de l'antidate est difficile, et, de cette lutte avec le bon droit, la fraude sortirait trop souvent victorieuse.

Cette doctrine se trouve enfin confirmée par le témoignage du législateur lui-même. Le code civil présente quelques applications du principe déposé dans l'art. 1328 ; l'une des plus remarquables est celle qu'a formulée l'art. 1743. D'après cette disposition, l'acquéreur d'un immeuble ne peut pas expulser le fermier ou le locataire, dont le bail est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant

une date certaine antérieure à la vente. Il en résulte que l'acte sous seing privé qui n'a pas date certaine n'est pas opposable à l'acquéreur. La loi considère donc cet acquéreur comme un tiers, et pourtant c'est un ayant cause à titre particulier du vendeur. Mais il ne l'est d'une manière effective que pour les actes consentis par son auteur antérieurement à la vente. — Tel est également le témoignage de l'ancienne pratique. Pothier, dont les citations valent un argument dans cette matière, après avoir posé le principe que l'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date, cite aussi comme exemple l'hypothèse d'un ayant cause à titre particulier (n. 750).

1221. Nous arrivons donc à cette conclusion, qui résume toutes nos explications : *Les tiers, en faveur desquels la disposition de l'art.* 1328 *a été écrite, sont les ayant cause à titre particulier, à qui on oppose un acte sous seing privé émané de leur auteur, acte auquel ils n'ont pas figuré et qui tend à détruire ou à altérer les droits qu'ils tiennent de lui.* A l'égard de cette catégorie de personnes, l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date qu'autant que sa sincérité est assurée par l'une des trois circonstances que la loi énumère restrictivement et dont la principale est l'enregistrement.

1222. La règle ainsi posée, il nous faut maintenant indiquer sa juste portée. Elle a reçu en effet de la loi et de la pratique des limitations qui viennent en restreindre l'application.

De la loi d'abord. — Ainsi, en matière *immobilière*, le principe de la *transcription*, développé par la loi du 23 mars 1855, soustrait en partie à la théorie de la date certaine tous les actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques ou portant renonciation à ces mêmes droits, tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation ou portant renonciation à ces mêmes droits, et même les baux d'une durée de plus de dix-huit années. Entre deux personnes qui revendiquent de tels droits sur le même immeuble, la préférence se règlera, non d'après la date de la passation de leurs actes, mais d'après celle de leur transcription sur un registre tenu par un officier public. Par conséquent celle-là triomphera, qui la première aura fait transcrire son titre, alors même que l'autre prouverait l'antériorité de son acte d'acquisition. Mais la question de la date certaine reprendrait toute son importance, si l'on suppose que ni l'une ni l'autre n'ait rempli la formalité de la transcription. — En matière *mobilière* également, la théorie de la certitude légale de la date est limitée par la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279). Dans l'hypothèse de deux transmissions successives portant sur le même meuble corporel, la propriété appartient à celui des acquéreurs qui a été le premier mis en possession, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que sa possession soit de bonne foi. Mais la doctrine de la date certaine devient applicable, lorsque la chose n'a été livrée à aucun des prétendants.

En second lieu, l'utilité pratique, débordant le texte de l'art. 1328, qui assujétit à la nécessité de la date certaine tous les actes sous seing privé, a fait admettre une exception relativement aux *quittances rédigées sous signature privée*. Une jurisprudence, sûrement contraire au droit rigoureux, mais contre laquelle la doctrine proteste vainement, décide que ces écrits font par eux seuls preuve de leur date à l'encontre de tout le monde, même des ayant cause à titre singulier. Dans l'hypo-

thèse par exemple d'une cession de créance, si le débiteur cédé oppose au cessionnaire une quittance qui atteste un paiement partiel d'intérêts ou le paiement intégral de la dette, cette quittance établira sa libération, quoiqu'elle n'ait pas acquis date certaine avant la signification du transport, et le cessionnaire ne pourra soustraire son droit à son effet extinctif qu'en prouvant l'antidate (art. 1691). Cette jurisprudence sans doute laisse la porte ouverte aux fraudes que l'art. 1328 a pour but de prévenir; mais l'application inflexible de la loi eût jeté la perturbation dans les habitudes de la vie civile, en imposant l'obligation de soumettre à l'enregistrement des actes si fréquents et dont l'importance est souvent si minime. D'ailleurs ce tempérament, admis pour les quittances, c'est-à-dire pour les écrits qui constatent des paiements, ne saurait être étendu à ceux qui contiennent d'autres conventions libératoires, telles qu'une remise de dette, une novation, etc., intervenues entre le cédant et le débiteur cédé.

APPENDICE. — **Des contre-lettres.**

1223. Dans une acception large, on appelle *contre-lettre* tout écrit rédigé contre un autre écrit, tout acte qui vient en modifier un autre ; on le trouve pris en ce sens dans les art. 1396 et 1397. Mais cette expression est habituellement employée dans une acception plus étroite, pour désigner un acte destiné à rester secret entre les parties et qui modifie les dispositions d'un acte ostensible. Tel est aussi le sens qui lui appartient dans l'art. 1321, le seul que le code consacre à l'importante matière des contre-lettres : « *Les contre-lettres ne peu-* » *vent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont* » *point d'effet contre les tiers* ».

Bien que cet article soit placé à la fin du paragraphe qui traite de l'acte authentique, il n'en faut rien conclure, ni au point de vue de la forme de la contre-lettre, qui d'ordinaire est rédigée sous signature privée, mais qui peut être authentique (car un acte authentique est susceptible d'être tout aussi secret qu'un acte sous seing privé), ni au point de vue de la forme de l'acte qu'elle modifie, lequel également peut être authentique ou sous seing privé.

On ne doit pas même inférer de sa place au chapitre de la preuve qu'il s'occupe de la force probante de la contre-lettre. Cette force probante, qui ne présente rien de spécial, est soumise aux règles que nous venons d'exposer sur les actes authentiques et les actes sous seing privé. Le texte de l'art. 1321 indique clairement qu'il ne concerne que les *effets* de l'opération consignée dans une contre-lettre. C'est là un vice de méthode qui s'explique par l'origine tout accidentelle de notre disposition : elle fut introduite dans le code à la suite et comme conclusion d'une discussion, soulevée inopinément au sein du conseil d'Etat par le directeur général de l'enregistrement à propos de l'acte authentique.

1. *Eléments essentiels de la contre-lettre.*

1224. *a.* La première condition essentielle pour qu'un écrit constitue une contre-lettre, c'est qu'il ait pour objet de constater la *simulation totale ou partielle d'un acte ostensible.* Les parties commencent par rédiger un écrit destiné à être montré au public et qui leur donne une fausse situation, qui déguise leurs vraies intentions, et c'est pour constater ce défaut de sincérité, pour se ménager une preuve de la réalité des choses, qu'elles passent d'une manière le plus souvent clandestine

un second acte, qu'on appelle *contre-lettre,* précisément parce qu'il est contraire au premier. Ainsi la contre-lettre a pour objet de rétablir le véritable prix d'une vente, lorsque l'acheteur aura promis de payer un prix supérieur à celui stipulé dans l'acte ostensible; ou bien elle sert à prouver que la vente, qui paraît avoir eu lieu entre deux personnes, n'est pas sérieuse, ou qu'elle masque une autre convention, une donation par exemple.

De ce que la contre-lettre implique une simulation, il résulte qu'on ne doit pas attribuer ce caractère à l'acte, connu sous le nom de *déclaration de command,* par lequel un acquéreur exerce la faculté, qu'il s'est réservée dans le contrat, de nommer ultérieurement dans un certain délai la personne pour le compte de laquelle il a fait l'acquisition. Il n'y a point là de simulation, puisque l'acte de vente lui-même annonce la réserve.

b. — En second lieu, ce qui caractérise la contre-lettre, c'est qu'*elle n'exprime pas une convention nouvelle.* Elle ne fait qu'un avec l'acte apparent et simulé, dont elle constate le mensonge et rétablit le véritable caractère ou les véritables clauses. Il ne faudrait donc pas voir une contre-lettre dans un acte additionnel, par lequel les parties changent ou modifient un acte sincère et sérieux qu'elles ont antérieurement passé. C'est alors une nouvelle convention qui succède à la première, et il y a en réalité deux opérations parfaitement distinctes. Par exemple un auteur a d'abord vendu moyennant 10,000 fr. un ouvrage à un éditeur; l'ouvrage ne réussissant pas comme on l'avait espéré, l'auteur consent, par un second acte fait avec l'éditeur, à réduire le prix a 5,000 fr.

L'analyse qui précède nous conduit à cette définition : La contre-lettre proprement dite, celle que vise l'art. 1321, est *tout écrit authentique ou sous seing privé, destiné le plus souvent à rester secret entre les parties et par lequel elles déclarent qu'une convention, qui est constatée dans un autre acte passé entre elles d'une manière ostensible, est purement fictive, ou a eu lieu sous certaines clauses qui ne s'y trouvent pas énoncées.*

2. *Effets de la contre-lettre.*

Ces effets se résument dans les trois propositions suivantes, qui sont tirées de l'art. 1321.

1225. Première proposition. *Les contre-lettres ont effet entre les parties contractantes.* — Elles contiennent leurs véritables conventions; or, dans leurs relations mutuelles, les conventions véritables doivent l'emporter sur les conventions simulées, parce qu'il n'y a alors aucune raison pour faire prévaloir la fiction sur la réalité.

Il faut, bien entendu, que la convention contenue dans la contre-lettre réunisse toutes les conditions requises d'après le droit commun pour l'existence ou la validité des conventions en général. C'est ainsi que la jurisprudence déclare nulle entre les parties, comme fondée sur une cause illicite, la contre-lettre, par laquelle le cession-

naire d'un office ministériel s'engage envers le cédant à lui payer un prix supérieur à la somme exprimée dans le traité apparent qui est soumis à la chancellerie. Cass., 17 mars 1884, Sir., 84. 1. 224. Mais il ne faut pas appliquer la même solution dans l'hypothèse où les parties, en vue de se soustraire au paiement d'une partie des droits fiscaux, abaissent fictivement dans un acte ostensible de vente ou de bail le prix réellement stipulé et qui est constaté dans un acte secret. Cette dissimulation donne lieu à une amende (loi du 23 août 1871, art. 12), mais la contre-lettre est valable.

1226. Deuxième proposition. *Les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers.* — En d'autres termes, la convention constatée par l'acte ostensible doit être exécutée à leur égard, sans tenir compte des modifications apportées par la contre-lettre. Ici la convention simulée a plus d'effet que la convention véritable.

Mais que faut-il entendre par *tiers* en matière de contre-lettres? Il est bien certain d'abord que l'art. 1321 n'a pas voulu parler des tiers *penitus extranei*. Car il n'était pas besoin d'une disposition spéciale pour les soustraire aux conséquences préjudiciables d'une contre-lettre, puisque l'acte apparent lui-même ne leur est pas opposable; ils sont complètement garantis par le principe tutélaire : *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.* Tout au contraire, le législateur n'a pu vouloir protéger que ceux qui ont eu des relations juridiques avec l'une ou l'autre des parties et qui ne sont pas couverts par la disposition de l'art. 1165. Ces personnes, qui ne connaissaient que l'acte ostensible, ont dû compter en traitant sur la position qu'il faisait aux signataires. Leur attente serait trompée sans faute de leur part, et leurs intérêts lésés, s'il était permis, en révélant l'existence d'un acte jusque-là demeuré secret, de détruire ou simplement de modifier cette situation. Par conséquent les tiers de l'art. 1321 sont *tous ceux qui, n'ayant pas figuré dans la contre-lettre, ont intérêt à invoquer les dispositions de l'acte ostensible et simulé, pour sauvegarder les droits qu'ils tiennent des parties contractantes.*

Cette formule comprend d'abord *tous les ayant cause à titre particulier des parties*, c'est-à-dire ces tiers en faveur desquels l'art. 1328 organise la garantie de la date certaine.

* Toutefois, relativement à certains ayant cause à titre particulier, la théorie des contre-lettres, comme celle de la date certaine, subit l'influence du principe de la *transcription* et de la règle *En fait de meubles, la possession vaut titre.* — D'abord l'accomplissement de la formalité de la transcription suffit pour priver les contre-lettres de tout effet contre les acquéreurs d'immeubles ou de droits réels sur les immeubles, ainsi que contre les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Un acte ostensible porte que *Primus* a vendu sa maison à *Secundus;* mais les parties déclarent dans un acte secret que cette vente n'est pas sérieuse et qu'en réalité *Primus* reste toujours propriétaire. Pour obtenir toute l'apparence d'une transmission de propriété, elles auront très vraisemblablement fait transcrire l'acte de vente; et à l'inverse, pour ne pas détruire cette apparence, elles n'auront pas soumis la

contre-lettre à une transcription qui eût dénoncé la simulation de l'acte ostensible. Dans cette situation, l'acheteur apparent, *Secundus*, a pu vendre l'immeuble à *Tertius*, ou l'hypothéquer à son profit, ou le grever de servitudes. Si *Primus*, oppose la contre-lettre à *Tertius* pour faire tomber ses droits et que celui-ci ait rempli les formalités prescrites par la loi pour leur conservation, il n'aura pas besoin pour se défendre d'invoquer la disposition de l'art. 1321 d'après lequel la contre-lettre n'est pas opposable aux tiers; il lui suffira d'établir que l'acte qu'on lui oppose, quel que soit son caractère, n'a pas été transcrit. — De même, en matière de meubles corporels, la mise en possession de l'acquéreur ou du concessionnaire du droit réel rend inutile le secours de l'art. 1321.

La formule précitée comprend en outre (et à ce point de vue le mot *tiers* a dans l'art. 1321 un sens plus étendu que dans l'art. 1328) les *créanciers simplement chirographaires* des parties, qui sont des ayant cause à titre universel. Ainsi *Primus* a vendu un immeuble à *Secundus*, et celui-ci reconnaît par une contre-lettre que la vente est purement fictive; ou bien il lui a vendu pour un prix apparent de 60,000 fr., et un acte secret relève le prix à la somme de 100,000 fr.; ou enfin l'acte ostensible porte quittance du prix, et une contre-lettre constate qu'il est encore dû. Les créanciers chirographaires de *Secundus* seront fondés à repousser en ce qui les concerne les stipulations ou déclarations contenues dans ces contre-lettres. Sans doute les créanciers chirographaires, ayant cause à titre universel de leur débiteur, n'ont pas plus de droits que lui-même, et sont obligés de subir sur son patrimoine, qui est leur gage, l'effet de tous ses actes, au moins quand ils sont accomplis de bonne foi. Mais le but du législateur dans l'art. 1321 a été de prévenir le préjudice qui peut résulter pour le public en général de l'application d'une contre-lettre ignorée, et par conséquent sa disposition protège, non seulement les personnes contre lesquelles cet acte est dirigé dans une pensée de fraude, mais encore tous ceux dont elle se trouve léser les intérêts appréciés au point de vue de la situation apparente de leur auteur. Or les créanciers chirographaires comptent sur la fortune de leur débiteur telle qu'elle est constatée par les actes ostensibles; ils seraient trompés, tout aussi bien que les ayant cause à titre particulier, si l'on pouvait leur opposer des écrits secrets qui la diminuent.

Il faut s'arrêter là cependant, et s'abstenir de ranger parmi les tiers les *héritiers légitimes* des parties, leurs *successeurs irréguliers*, leurs *légataires* ou *donataires universels* ou à *titre universel*. Successeurs à la personne de leur auteur, ils sont censés avoir accompli eux-mêmes, au point de vue de leurs conséquences pécuniaires, tous les actes qui émanent de lui, et par conséquent on doit les considérer comme ayant figuré dans la contre-lettre, quoiqu'ils ne l'aient pas signée.

Telles sont les personnes auxquelles les contre-lettres ne sont pas opposables. Mais l'immunité dont elles jouissent est subordonnée à

une condition, qui résulte, sinon du texte, du moins de l'esprit de la loi. Il faut qu'elles aient pu être trompées par la simulation, et partant qu'elles aient ignoré l'existence et la teneur de la contre-lettre. Elles seraient donc obligées d'en subir l'application, si l'on prouvait qu'elles en ont eu connaissance.

1227. Troisième proposition. *Les tiers peuvent invoquer les dispositions insérées dans une contre-lettre, quand ils y ont intérêt.* — C'est ainsi que les créanciers d'un vendeur, agissant en vertu de l'art. 1166, sont fondés à poursuivre l'acquéreur en paiement du supplément de prix que, dans un acte secret, celui-ci a promis de payer. Il ne serait pas juridique de rétorquer contre les tiers une disposition de loi écrite en leur faveur.

N° 2. Des écritures privées qui n'ont pas le caractère d'actes.

1228. Ces écritures privées, qui manquent de l'élément essentiel à tout acte sous seing privé, c'est-à-dire de la signature, consistent dans les *livres de commerce* (art. 1329 et 1330), les *registres et papiers domestiques* (art. 1331) et enfin dans les *mentions libératoires mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte* (art. 1332).

I. *Des livres de commerce.*

1229. La loi n'attribue de force probante qu'aux trois livres que les commerçants sont obligés de tenir, et que l'on appelle *obligatoires* pour les distinguer des livres *facultatifs :* ce sont le livre-journal, le livre des copies de lettres et le livre des inventaires (C. co. art. 8 et 9). Cette force probante se justifie, d'abord par les formalités de tenue auxquelles ils sont soumis et qui rendent presque impossible toute suppression, intercalation et substitution de feuillets ou de mentions, et aussi par les sanctions rigoureuses qui assurent la régularité de leur tenue : l'altération de la vérité dans les énonciations de ces livres constitue un faux en écriture de commerce, assimilé au point de vue de la pénalité au faux en écriture authentique (C. pén. art. 147).

C'est le code de commerce qui règle la force probante des livres des commerçants dans leurs rapports entre eux (C. co. art. 12 et 13); le code civil ne s'en est occupé que dans le cas où le procès s'agite entre un commerçant et un non commerçant, et dans cette hypothèse il détermine successivement la force probante de ces livres soit pour le commerçant, soit contre lui.

a. — Les livres de commerce régulièrement tenus ne font pas preuve complète *en faveur des commerçants,* quand ils plaident contre des personnes non commerçantes. Car c'est un principe de droit et de raison que nul ne peut se créer un titre à lui-même; l'assertion écrite de l'intéressé ne mérite pas plus de confiance que son assertion verbale. Mais ils font un commencement de preuve, et, comme disait Dumoulin, *aliquam præsumptionem,* qui permet au juge de déférer à l'une ou à l'autre des parties le serment supplétoire (art. 1367). Tel est le sens de la disposition un peu obscure de l'art. 1329 : « *Les registres des marchands ne font point, contre » les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce » qui sera dit à l'égard du serment* ».

= *Des fournitures.* C'est-à-dire des traditions de marchandises, effectuées par le

commerçant. Cette décision de l'art. 1329 faisant exception à la règle générale, on doit en tirer cette conséquence que, s'il s'agissait d'un autre fait, eût-il même le caractère commercial, le juge ne pourrait pas, sur le vu des livres du commerçant, déférer le serment d'office, si par exemple la demande avait pour objet le remboursement d'un prêt fait dans l'intérêt de son négoce.

Par la même raison, les livres de commerce, suffisants pour autoriser la délation du serment supplétoire, ne forment pas au profit du commerçant qui les a tenus un commencement de preuve par écrit, susceptible de donner passage à la preuve testimoniale. Ils manquent d'ailleurs d'une des conditions exigées par l'art. 1347 : ils n'émanent pas de celui à qui ils sont opposés, mais au contraire de celui qui veut s'en prévaloir.

b. — Les livres de commerce, même irrégulièrement tenus, font preuve complète *contre les commerçants* de toutes les mentions qui y sont portées. La preuve s'analyse alors dans un aveu écrit, et la valeur de l'aveu est indépendante de l'irrégularité des livres. C'est ce que dit l'art. 1330 : « *Les livres des marchands font preuve* » *contre eux; mais celui qui veut en tirer avantage, ne peut les diviser en ce qu'ils* » *contiennent de contraire à sa prétention* ». La fin de l'article n'est qu'une application du principe de l'indivisibilité de l'aveu, que nous expliquerons bientôt.

Les moyens légaux de faire sortir des livres de commerce la preuve qui y est contenue consistent dans leur communication et dans leur représentation en justice, qui peuvent être demandées par l'adversaire ou ordonnées d'office par le juge (C. co. art. 14 et 15).

II. *Des registres et papiers domestiques.*

1230. La loi désigne sous le nom de *registres et papiers domestiques* toutes les écritures, signées ou non, portées soit sur des feuilles réunies et reliées ensemble, soit même sur de simples feuilles volantes, qu'une personne rédige pour fixer le souvenir des faits juridiques ou même des événements quelconques de sa vie privée.

a. — « *Les registres et papiers domestiques,* dit l'art. 1331, *ne font point un titre* » *pour celui qui les a écrits* ». Ils ne font pas preuve *en sa faveur,* toujours parce qu'on ne peut pas se créer un titre à soi-même. Ils ne sont même pas susceptibles de former un commencement de preuve par écrit, suffisant pour autoriser le juge à déférer le serment supplétoire et à plus forte raison pour donner passage à la preuve testimoniale.

b. — Quant à la force probante des registres et papiers domestiques *contre* celui qui les a écrits, la suite de l'art. 1331 la réglemente dans les termes suivants : « *Ils font foi contre lui,* 1° *dans tous les cas où ils énoncent formellement un paie-* » *ment reçu;* 2° *lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite* » *pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent* » *une obligation* ».

Ainsi la loi distingue. S'agit-il d'une mention tendant d'une manière quelconque à établir la *libération* de celui qui invoque ces titres privés, paiement, novation, remise de dette, etc. (car le mot *paiement* est pris ici dans son sens le plus général), les registres et papiers domestiques font preuve complète contre celui qui les a tenus, alors même que la mention se trouverait biffée, si bien entendu elle est toujours lisible. La raison de la loi est facile à comprendre : on ne constate pas un paiement sans l'avoir reçu, et cette déclaration libératoire a toute la force d'un aveu. — S'agit-il d'une mention constatant l'*existence d'une obligation* à la charge de celui qui a tenu les registres et papiers domestiques envers la personne qui les invoque? elle ne fait preuve alors que sous une condition, sous la condition qu'il soit en même temps exprimé qu'elle a été écrite *pour suppléer le défaut du titre en faveur*

du créancier. Telle serait la mention ainsi conçue : « *Primus* m'a prêté 500 fr. Comme il n'a pas voulu accepter une reconnaissance, j'inscris cette note sur mon registre pour lui servir au besoin de titre ». Voici comment s'explique cette restriction. Le débiteur, qui mentionne sa dette sur ses propres papiers, ne le fait en général que pour se rendre compte à lui-même, et non pour procurer une preuve à son créancier. Régulièrement en effet il y a un acte, un billet, qui constate la dette, et qui sera détruit ou rendu lors du paiement, ce qui dispense de donner quittance. Cela posé, du moment que le créancier qui réclame ne produit aucun acte, il est probable qu'il l'a remis en recevant son paiement. De son côté, le débiteur, rassuré par la restitution du titre (art. 1282), a pu négliger de biffer la note ou d'y ajouter la mention du paiement. Mais une pareille négligence est peu vraisemblable lorsqu'il a expressément destiné la note à servir de titre, et par suite elle fait preuve tant qu'elle subsiste intacte.

Lorsqu'un tiers invoque en sa faveur les mentions portées sur des registres et papiers domestiques, il doit les acccepter dans leur ensemble ; elles sont aussi indivisibles que celles qui se trouvent sur les livres de commerce. *Fides scripturæ indivisibilis est.*

III. *Mentions libératoires mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte.*

1231. Le code civil règle leur force probante dans l'art. 1332, ainsi conçu : « *L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est* » *toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lors-* » *qu'elle tend à établir la libération du débiteur. — Il en est de même de l'écriture* » *mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou* » *d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur* ».

Cet article prévoit deux cas : 1° celui où l'écriture est portée sur un titre qui par sa nature appartient au créancier et doit se trouver dans sa possession, comme un billet (al. 1) ; 2° celui où elle est portée sur un titre qui par sa nature appartient au débiteur et doit se trouver en sa possession, tel qu'une quittance ou le double, remis au débiteur, d'un acte sous seing privé constatant une convention synallagmatique (al. 2).

1232. Premier cas. *Le titre sur lequel des mentions libératoires ont été ajoutées appartient au créancier.* — Par exemple *Primus*, au bas d'un billet par lequel *Secundus* a reconnu lui devoir 4,000 fr. pour cause de prêt, a écrit ces mots : « Reçu acompte 2,000 fr. », ou : « Reçu les 4,000 fr. pour acquit ». Cette mention, quoique non datée ni signée, fera preuve en faveur du débiteur, parce qu'elle contient un aveu écrit de sa libération, émané du créancier. Mais cette force probante est subordonnée à ces deux conditions, que l'art. 1332 al. 1, exige *cumulativement :* 1° il faut que l'écriture soit de la main du créancier, parce que, si elle est d'un tiers, elle a pu être frauduleusement apposée à l'insu du créancier, pendant sa maladie ou son absence, même sans déplacement du titre, c'est-à-dire sans qu'il en perdît la possession ; 2° le titre doit toujours être resté en la possession du créancier. Souvent en effet il arrive qu'un créancier, avant d'être payé, mentionne le paiement sur le titre, le quittance à l'avance, quand il le remet à un tiers pour en opérer le recouvrement. Tel est l'usage constant des commerçants : ils écrivent un acquit sur les effets de commerce qu'ils envoient à l'encaissement.

1233. Second cas. *Le titre, sur lequel des mentions libératoires ont été ajoutées, appartient au débiteur.* — Elles font preuve comme les précédentes, quoiqu'elles ne soient ni datées ni signées, et leur force probante est également soumise à deux conditions analogues : il faut qu'elles soient écrites de la main du créancier, et en outre que le titre qui les porte soit entre les mains du débiteur.

L'art. 1332 al. 2 applique cette doctrine à deux espèces de titres : aux actes rédigés en plusieurs originaux et aux quittances. — Il suppose d'abord que le créancier a écrit une mention libératoire sur le double de son titre de créance, non pas bien entendu sur celui qui est en sa possession (on retomberait dans le cas prévu par le 1er alinéa), mais sur celui qui est en la possession du débiteur. Ainsi le vendeur a mentionné sur le double de l'acheteur le paiement soit des intérêts, soit d'une partie du prix; ou bien l'acheteur a constaté par une simple note, insérée sur le double du vendeur, la livraison de la chose ou des marchandises achetées. — Le texte suppose ensuite que la mention libératoire non signée a été ajoutée par le créancier en marge, au bas ou au dos d'une quittance régulière, qu'il avait délivrée au débiteur à la suite d'un précédent paiement. Ainsi j'ai donné à mon débiteur une quittance en règle pour constater le versement d'un premier acompte; et au bas de cette quittance se trouve mentionné de ma main le paiement d'un second acompte ou du reliquat de la somme due. Tel est le sens de l'art. 1322, dont la formule obscure et amphibologique est éclairée par le passage de Pothier auquel il a été emprunté.

§ III. *Des tailles.*

1234. « On appelle tailles, dit Jaubert, dans son rapport au tribunat, les deux parties d'un morceau de bois fendu en deux, dont deux personnes se servent pour marquer la quantité de fournitures que l'une des deux fait journellement à l'autre. Pour cet effet, le fournisseur et le consommateur ont chacun un morceau de bois : le morceau que le marchand a par devers lui, s'appelle proprement *taille;* l'autre se nomme *échantillon.* Lors des fournitures, on joint les deux parties du morceau de bois, et on y fait des coches qui marquent la quantité des fournitures. Telles sont les tailles des boulangers ».

Le code, à l'exemple de Pothier (n. 765), place les tailles parmi les écritures qui constituent une preuve littérale; on peut dire en effet que c'est une écriture primitive et rudimentaire. A ce point de vue, la taille équivaut à un acte rédigé en double, dont un original serait remis à chacun des contractants dans le but de constater une convention synallagmatique. Remarquons cependant que nous sommes ici dans un cas où il n'est pas nécessaire que chaque partie ait en mains la preuve écrite de la convention; car, bien qu'elle soit synallagmatique, elle est immédiatement exécutée d'un côté; un seul original suffirait (*supra* n. 1201). Aussi dans la pratique se contente-t-on souvent de simples bons signés par le consommateur et qu'il remet au fournisseur.

Puisque les tailles sont assimilées par la loi aux écrits probatoires, il en résulte qu'elles font preuve des fournitures qui y sont indiquées, sans distinguer si leur montant excède ou non la somme de 150 fr.

1235. L'art. 1333 trace la condition de leur force probante : « *Les tailles corré-* » *latives à leurs échantillons font foi entre personnes qui sont dans l'usage de* » *constater ainsi les fournitures qu'elles font et reçoivent en détail* ». Ainsi il faut que la taille et l'échantillon, ces deux morceaux de bois jumeaux qui en s'adaptant l'un à l'autre se contrôlent mutuellement, soient *corrélatifs* entre eux en ce qui concerne le nombre des coches. Si cette corrélation n'existe pas, la fourniture n'est prouvée que jusqu'à concurrence du chiffre le plus faible. Cette solution est certaine quand c'est la taille qui contient plus de coches que l'échantillon; car le fournisseur n'a pas pu se faire un titre à lui-même. Mais elle doit être admise également dans le cas contraire; il peut se faire en effet que les coches, qui se trouvent en excès sur l'échantillon, soient le résultat d'un accident, que par exemple elles aient été faites par un enfant en jouant.

Cette condition, imposée par l'art. 1333, implique que la taille et l'échantillon sont tous deux représentés. Mais il arrive parfois que le consommateur ne représente pas l'échantillon; quel sera alors la valeur de la taille? Si le consommateur prétend avoir perdu l'échantillon et conteste l'importance de la fourniture, la taille fera foi en faveur du fournisseur; car il ne saurait être victime de la négligence ou peut-être de la mauvaise foi du consommateur. Trib. de paix de Pessac (Gironde) 22 mars 1887, Sir., 87. 2. 173. Si celui-ci soutient qu'il n'a jamais eu d'échantillon, la taille sera destituée de toute force probante, à moins que le fournisseur ne prouve (ce qu'il peut faire par témoins ou même par simples présomptions) que l'échantillon a réellement existé : auquel cas la taille fait, suivant les uns, preuve complète, et, d'après les autres, une demi-preuve seulement, autorisant le juge à déférer le serment supplétoire.

§ IV. — *Des copies des titres.*

1236. Une *copie* est un écrit où l'on a cherché à reproduire exactement un autre écrit préexistant qui s'appelle l'*original* (de *origo, originis*).

Le code ne s'occupe, pour en régler la force probante, que des copies des titres *authentiques*. Les copies des *actes sous seing privé* ne font aucune foi, à moins qu'il ne s'agisse de ceux qui auraient été régulièrement déposés dans les minutes d'un notaire ; ce dépôt leur communique en effet le caractère de l'authenticité.

A. — La copie d'un acte authentique *dont l'original existe* n'a aucune force probante. Elle ne peut faire foi que provisoirement, comme représentant l'original, tant que sa fidélité n'est pas révoquée en doute, et alors elle tire toute sa valeur de l'aveu tacite que fait l'adversaire de sa conformité avec l'original; mais il suffit à celui à qui on l'oppose d'en nier l'exactitude, pour lui enlever toute force probante. « *Les copies,* dit l'art. 1334, *lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce » qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée* ».

B. — *Lorsque le titre original n'existe plus,* et que par suite sa représentation ne peut pas être exigée, la loi attribue aux simples copies une force probante, qui varie sur une échelle de trois degrés d'après certaines distinctions définies dans les art. 1335 et 1336. — Voici, dans l'ordre de leur autorité décroissante, ces trois classes de copies.

1° Copies qui font la même preuve que l'original. — Elles sont indiquées dans le 1° et dans le 2° de l'art. 1335, que nous nous bornons à transcrire : « *Lorsque » le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes : » — 1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original; il en » est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties pré- » sentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties » et de leur consentement réciproque; 2° Les copies qui, sans l'autorité du magis- » trat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou » premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui » l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qua- » lité, sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi » quand elles sont anciennes. — Elles sont considérées comme anciennes quand elles » ont plus de trente ans; — Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir » que de commencement de preuve par écrit* ».

2° Copies qui ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. — Dans cette classe rentrent : d'abord les copies dont il vient d'être question dans le 2° *in fine* de l'art. 1335 ci-dessus transcrit, et ensuite les copies que le 3° de ce même article définit de la manière suivante : « 3° *Lorsque les copies tirées sur la » minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses*

» *successeurs, ou par officiers publics qui en cette qualité, sont dépositaires des* » *minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commen-* » *cement de preuve par écrit* ».

3° Copies qui ne peuvent servir que de simples renseignements. — Ce sont les copies de copies, c'est-à-dire celles qui sont tirées sur de précédentes copies par un officier public. L'art. 1335 ajoute en effet : « 4° *Les copies de copies pourront, sui-* » *vant les circonstances, être considérées comme simples renseignements* ».

La loi a fait à cette règle deux exceptions.

La première est écrite dans l'art. 1336 : « *La transcription d'un acte sur les regis-* » *tres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit ; et il faudra* » *même pour cela, — 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de* » *l'année dans laquelle l'acte parait avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve* » *que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier ; —* » *2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été* » *fait à la même date. — Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances la* » *preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de* » *l'acte, s'ils existent encore, soient entendus* ». La transcription au bureau des hypothèques, quand elle a pour objet un acte authentique, n'est qu'une copie de copie ; car le conservateur se borne à reproduire sur ses registres une expédition de ce titre. Cette disposition ne saurait être étendue, à cause de son caractère exceptionnel, au cas d'*enregistrement*. On comprend du reste que l'analyse sommaire faite par le receveur n'offre pas les mêmes garanties d'exactitude que la copie littérale dans laquelle consiste la transcription.

La seconde exception résulte de l'art. 844 du code de procédure civile, qui reconnaît à la copie de copie, dans le cas particulier qu'il prévoit, non pas seulement l'autorité d'un commencement de preuve, mais une force probante entière, puisqu'elle tient lieu d'original.

§ V. *Des actes récognitifs et confirmatifs.*

1237. Par cette rubrique, le législateur semble annoncer qu'il va s'occuper dans ce paragraphe de la *preuve littérale des reconnaissances* (actes récognitifs) *et des confirmations de droits* (actes confirmatifs). Il reste bien fidèle à ce programme pour les actes récognitifs ; l'art. 1337 qui leur est consacré se borne à régler la force probante de l'écrit qui constate une reconnaissance. Mais il en sort complètement, quand il traite dans les art. 1338 à 1340 des actes confirmatifs : il ne s'occupe pas seulement alors de la preuve de la confirmation, mais encore de la confirmation elle-même ; il confond dans ses dispositions les conditions auxquelles est subordonnée la validité de la confirmation et les formes prescrites pour la validité de l'acte instrumentaire qui est destiné à le prouver.

N° 1. Des actes récognitifs.

1. *Définition de l'acte récognitif.*

1238. L'acte récognitif, que la loi appelle encore *titre nouvel* dans la matière des prescriptions, est celui qui est dressé pour constater la reconnaissance d'un droit réel ou personnel, déjà constaté par un acte antérieur. Par opposition, on appelle *acte primordial* celui qu'on a rédigé dès l'origine, lors de la formation du contrat.

On procède à la confection des actes récognitifs dans un double but, soit pour se procurer un *nouveau moyen de preuve* (les parties le dressent pour suppléer au titre primordial, quand ce titre est perdu, et parfois même quand il existe encore, en vue des chances de perte ou de destruction auxquelles il est exposé), soit pour *interrompre la prescription* des droits constatés dans un titre antérieur (art. 2263). Pour le moment, nous ne considérons l'acte récognitif que comme moyen de preuve.

Son caractère essentiel est d'être la reproduction, tout au moins en substance, d'un acte antérieur. Reconnaître en effet, c'est avouer, constater ce qui est, et non créer ce qui n'est pas ou modifier ce qui est. « *Non interponuntur,* disait Dumoulin, *animo novæ faciendæ obligationis, sed solum animo recognoscendi : inde simplex titulus novus non est dispositorius, sed declaratorius seu probatorius; nec aliquid de novo inducit circa substantiam obligationis* ». Par conséquent il ne faudrait pas regarder comme récognitif, alors même que les parties lui en auraient donné la qualification, l'acte par lequel elles ont constaté leur intention expresse de substituer une obligation nouvelle à l'ancienne obligation ; c'est un titre primordial, *non tantum probatorius, sed etiam dispositorius;* il constate en effet une novation, et non une simple reconnaissance.

L'acte récognitif n'étant qu'une nouvelle édition du titre primordial, il en résulte que les additions ou changements que contient l'acte récognitif n'ont absolument aucune valeur. « *Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial,* dit l'art. 1337 » al. 2, *ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet* ». Il est clair qu'en cas de désaccord entre les deux titres, c'est le titre primordial qui doit toujours l'emporter, quand ils sont tous deux représentés. Peu importe que l'acte récognitif énonce une obligation plus forte ou même moindre; car il n'est pas plus fait pour diminuer que pour augmenter la dette qui se trouve constatée dans le titre antérieur. *Recognitio nil dat novi.*

2. *Force probante de l'acte récognitif.*

1239. Le code distingue, au point de vue de leur force probante, deux espèces d'actes récognitifs.

a. — Il y a d'abord ceux dans lesquels *la teneur du titre primordial est spécialement relatée :* ce qui arrive, non seulement quand l'acte récognitif est littéralement copié sur l'acte primordial, mais encore lorsqu'il reproduit l'ensemble de ses dispositions de manière à révéler l'intention de remplacer l'un de ces actes par l'autre. Pothier les appelait, d'après Dumoulin, actes récognitifs *in forma speciali.*

« *Les actes récognitifs,* dit l'art. 1337 al. 1, *ne dispensent point de la représenta-* » *tion du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée* ». Donc, lorsque les parties ont pris le soin de relater la teneur de l'acte primitif (ce qui doit faire supposer que, dans leur pensée, le nouvel acte était destiné à servir de preuve), l'acte récognitif prouve par lui-même l'obligation qui s'y trouve rappelée : il équipolle à l'acte primitif, et par suite dispense le créancier de le représenter, mais à une condition pourtant : c'est que l'acte primordial soit *perdu.* Car, si le débiteur établit qu'il existe encore, il peut en exiger la représentation; cette représentation en effet offre pour lui un intérêt légitime, car elle lui permet de vérifier si l'acte récognitif contient quelque chose de plus ou de différent, ce qui est important puisqu'il ne fait foi que de ce qui est relaté dans le titre primordial.

b. — Il y a ensuite les actes récognitifs dans lesquels *la teneur du titre primitif n'est pas spécialement relatée.* Dumoulin, et après lui Pothier, les appelaient des actes récognitifs *in forma communi.*

Il résulte de l'art. 1337 al. 1, précité, que dans cette hypothèse l'acte récognitif ne dispense pas le créancier de représenter l'acte primordial, et ne le remplace pas,

même quand il est perdu : ce qui signifie en d'autres termes qu'il ne prouve pas par lui-même l'existence de l'obligation. C'est là certainement une disposition que l'on doit regretter de voir figurer dans nos lois. Pothier, à qui les rédacteurs du code l'ont empruntée et qui l'avait lui-même puisée dans les ouvrages de Dumoulin, avait maladroitement généralisé une ancienne doctrine établie par le droit canonique en matière de bénéfices et d'investitures féodales. Mais aujourd'hui elle n'a aucune raison d'être, et le législateur aurait dû décider que, dans tous les cas, la production du titre récognitif dispense le créancier de la représentation du titre primordial. N'est-ce pas en effet un aveu écrit de l'existence de la dette? Et pourquoi cet aveu ne fait-il pas toujours foi contre le débiteur, sauf à lui de prouver que le nouveau titre qu'on lui oppose diffère du titre primordial? Mais alors on peut se demander à quoi servent les actes récognitifs, qui ne relatent pas spécialement la teneur de l'acte primordial. D'abord ils peuvent valoir comme commencement de preuve par écrit, à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale. Ensuite ils interrompent la prescription. Supposons que je sois créancier d'une rente annuelle et perpétuelle de 1,000 fr.; lorsque trente ans se seront écoulés depuis la date de l'acte, le débi-rentier viendra peut-être soutenir que la rente est éteinte par la prescription. J'alléguerai, il est vrai, que la prescription a été interrompue par le paiement des arrérages; mais comment prouverai-je mon affirmation? Les quittances, qui constatent ce paiement, sont entre les mains du débiteur, et il se gardera bien de les produire. Eh bien! je puis détourner le danger dont je suis menacé en le contraignant, quelque temps avant que la prescription soit accomplie, à me délivrer un titre nouvel qui rajeunira de trente ans mon titre primordial (art. 2263).

La règle, posée par le 1er alinéa de l'art. 1337, reçoit exception, quand l'acte récognitif remplit les trois conditions indiquées par le 3e alinéa du même article : » *Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial* ». Ainsi la force probante, dont l'acte récognitif se trouve alors revêtu et qui n'est du reste qu'un retour aux vrais principes, est fondée sur le concours de trois probabilités, résultant de l'état matériel des choses, de la multiplicité des reconnaissances et enfin de l'ancienneté de l'une d'elles.

N° 2. Des actes confirmatifs.

1240. Dans le langage du code, l'expression *acte confirmatif* désigne tout à la fois le fait juridique de confirmation et l'écrit, l'instrument, qui sert à le constater. Nous savons que cette amphibologie a conduit le législateur à traiter confusément dans le même article de la confirmation et de la preuve de la confirmation. Nous nous placerons également à ces deux points de vue, mais tout en mettant en saillie la profonde différence qui les sépare.

Pour faciliter les explications qui vont suivre, il est utile de placer préalablement sous les yeux du lecteur l'art. 1338, qui est la disposition fondamentale de cette importante matière : « *L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.* — A

» défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation » soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pou- » vait être valablement confirmée ou ratifiée. — La confirmation, ratifi- » cation ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque détermi- » nées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que » l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit » des tiers ».

1. *Notion de la confirmation.*

1241. « La confirmation, disent MM. Aubry et Rau, est l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision ».

Il importe avant tout de la distinguer de certains autres faits juridiques, avec lesquels elle présente plus ou moins d'analogie.

Elle diffère d'abord de la *renonciation à un droit,* comme l'espèce du genre. La confirmation suppose essentiellement une renonciation, la renonciation au droit de faire tomber un acte vicié. Mais toute renonciation ne constitue pas une confirmation; car on peut renoncer à un droit parfaitement valable, par exemple à une servitude, à une obligation, comme dans la remise de dette, à une garantie, comme dans la remise de la solidarité.

La confirmation diffère aussi notablement de la simple *reconnaissance d'un droit,* bien que le législateur les ait rapprochées au point de les réglementer dans le même paragraphe. Elles ont, il est vrai, ceci de commun : qu'elles supposent l'une et l'autre l'existence d'une convention ou d'un fait juridique antérieur. Mais c'est là une ressemblance toute superficielle; la différence qui les sépare est autrement profonde. Celui qui reconnaît une obligation avoue seulement qu'elle s'est formée; mais il ne dit pas qu'il la tient pour valable, et par conséquent il ne renonce pas au droit qu'il peut avoir d'en demander la nullité. Si l'on peut dire que la confirmation implique reconnaissance, il est tout aussi certain que la reconnaissance n'emporte pas confirmation.

Il ne faut pas la confondre non plus avec la *novation.* La novation a pour but de créer une obligation nouvelle destinée à remplacer une obligation préexistante; tandis que la confirmation ne fait naître aucune obligation nouvelle, elle a simplement pour but de valider l'obligation à laquelle elle s'applique. *Confirmatio nil dat novi.*

Quoique le législateur emploie souvent comme synonymes les mots *confirmation, ratification* (art. 1338, 1340, 1311), on doit néanmoins soigneusement distinguer la confirmation de la ratification *sensu proprio.* La ratification proprement dite consiste dans la déclaration que fait une personne de prendre pour son compte les actes, qu'un tiers a passés en son nom sans en avoir reçu mandat (art. 1239, 1998). C'est une approbation donnée après coup à un acte accompli par une personne sans pouvoir; elle équivaut enfin à un mandat, donné lorsque l'acte est consommé. *Ratihabitio mandato comparatur* (l. 12, § 4, D., *De solut. et liber.,* XLVI, 3). La ratification, entendue dans ce sens, n'offre aucun point de contact avec la confirmation. Aussi les règles que nous allons expliquer lui sont-elles absolument inapplicables : elle est régie par l'art. 1998. Pour éviter toute confusion, nous emploierons exclusivement le terme de confirmation, quand il s'agit de valider un acte nul.

La confirmation est un acte *unilatéral.* Le consentement des deux parties n'est pas nécessaire, puisqu'elle n'a pour objet, ni de créer une

obligation nouvelle, ni d'éteindre une obligation préexistante ; il suffit que la partie, au profit de laquelle est née une action en nullité ou une action en rescision, renonce à la faire valoir. Ce caractère, imprimé à la confirmation, conduit à cette double conséquence : 1° l'auteur de la confirmation ne peut pas la révoquer sous prétexte que l'autre partie ne l'aurait pas acceptée ; car cette acceptation n'est pas indispensable ; 2° quand on dresse un acte pour constater la confirmation, et que cet acte est sous seing privé, il fait preuve quoiqu'il ne soit pas rédigé en plusieurs originaux (art. 1325).

La confirmation peut être *expresse* ou *tacite*. — Elle est expresse, quand elle résulte d'une déclaration formelle de volonté de la part de celui qui confirme. On rédige ordinairement un écrit pour la constater ; mais la confirmation n'est pas un acte solennel, elle existe en l'absence de toute forme. Elle peut même n'être que tacite. Le cas le plus remarquable de confirmation tacite est l'exécution volontaire ; mais il n'est pas le seul, et nous citerons entre autres l'écoulement du délai de dix ans accordé pour l'exercice de l'action en nullité ou en rescision (art. 1304). La confirmation tacite est soumise aux mêmes conditions et produit les mêmes effets que la confirmation expresse (arg. art. 1115). *Eadem vis est taciti et expressi consensus.*

2. *Conditions de validité de la confirmation.*

1242. Première condition. — La première condition exigée par la loi, c'est que la confirmation s'applique à un *acte simplement annulable ou rescindable.* Elle est indiquée par ces premiers mots de l'art. 1338 : « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle « la loi admet *l'action en nullité ou en rescision...* ». La confirmation (de *confirmare*, donner de la force) est impossible à concevoir pour les obligations inexistantes. On peut bien rendre la santé à un corps malade, mais on ne peut pas ranimer un cadavre.

Quels sont maintenant les actes qui doivent être considérés comme inexistants ? Quels sont ceux contre lesquels il n'y a qu'une cause de nullité ou de rescision ? C'est une question que nous avons déjà suffisamment développée, et sur laquelle nous n'avons pas à revenir (v. *supra* n.n. 1148 et ss.). Nous nous bornerons seulement à observer qu'il n'y a pas corrélation absolue entre la disposition de l'art. 1338 et celle de l'art. 1304, entre les actes qu'on peut confirmer et ceux auxquels s'applique la prescription décennale. Bien que cette prescription soit fondée sur l'idée de confirmation tacite, elle laisse en dehors de son empire une foule d'obligations, dont le vice est cependant susceptible d'être purgé par tout autre mode de confirmation.

Après avoir posé le principe, le législateur en donne immédiate-

ment une application dans l'art. 1339 : « *Le donateur ne peut réparer* » *par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs : nulle en* » *la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale* ». La donation entre vifs, infectée d'un vice de forme, ne peut pas être confirmée, parce qu'elle est inexistante, et elle est inexistante parce que la forme est alors constitutionnelle. L'exécution volontaire ne la validerait pas davantage, par exemple la tradition de la chose donnée que le donateur aurait faite au donataire. Les termes de l'article sont absolus. Et le législateur en conclut très justement que la donation doit être « *refaite en la forme légale* ». Cette conséquence n'a pas seulement une valeur de mots; elle touche au fond du droit. En effet, autre chose est confirmer un acte, autre chose le refaire. Refaire une donation, c'est faire une donation nouvelle, qui ne produira d'effet qu'à la date du nouveau contrat et qui suppose réunies à ce moment toutes les conditions de validité exigées par la loi; au contraire, la donation simplement confirmée est toujours la même donation, devenue rétroactivement valable et qui ne requiert pour sa validation que l'intervention d'une volonté unique.

* Ce qui précède s'applique aussi bien quand la donation a pour objet un meuble que lorsqu'elle porte sur un immeuble. On pourrait objecter pourtant que, la donation de meubles corporels étant valablement faite de la main à la main, il y a peu d'intérêt à savoir si l'exécution volontaire est ou non susceptible de confirmer une telle donation nulle en la forme, puisque cette exécution, consistant dans la tradition de la chose donnée, vaut dans tous les cas comme réalisation d'une donation. Néanmoins, le principe apparaît toujours avec la même netteté. Il est en effet trop absolu de dire que la tradition est efficace dans tous les cas; son efficacité dépend de l'intention qui la motive. Si elle a été faite en exécution de la donation nulle, *animo solvendi,* elle ne vaudra, ni comme confirmation, parce que dans l'espèce elle est impossible, ni comme donation puisqu'elle manque de l'*animus donandi.* Pour qu'elle vaille, il faut qu'elle ait été faite avec l'intention de renouveler la donation que l'on savait inexistante. Mais il y a alors une nouvelle libéralité, qui ne produit d'effet que *ex nunc,* et qui se limite rigoureusement aux meubles livrés, alors même que d'autres meubles auraient été compris dans la donation primitive.

1243. Le motif même, qui enlève au donateur la faculté de confirmer une donation inexistante pour défaut de forme, devrait faire décider que ses héritiers ou ayant cause ne le peuvent pas non plus. Car l'obstacle n'a pas disparu. Comment un acte inexistant pourrait-il se transformer en un acte simplement annulable, par la mort de celui qui l'a fait ? Le néant reste toujours le néant. Cependant la loi écarte cette conséquence de son principe, et elle lui substitue dans l'art. 1340 une solution qui est une étrange anomalie : « *La confirmation ou ratifi-* » *cation, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou* » *ayant cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à* » *opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception* ».

Pourquoi la confirmation, que l'art. 1339 déclare impossible pour le donateur, est-

elle déclarée possible pour ses héritiers ou ayant cause par l'art 1340 ? Cette recherche a exercé la sagacité des interprètes; mais leurs efforts n'ont pas abouti, et les explications qu'ils ont proposées sont loin d'être satisfaisantes. Demante a indiqué la raison la plus probable, à notre avis, de la décision du législateur. La rigueur des formes, et en général des conditions auxquelles est assujettie la validité d'une donation, n'ayant son fondement que dans la faveur due aux héritiers, la nullité qu'entraîne leur omission n'est vraiment établie que dans l'intérêt de ceux-ci : ce qui explique comment ils peuvent renoncer à se prévaloir de cette nullité, tandis que le donateur ne le peut pas lui-même.

L'art. 1340 prend le soin de dire que le droit de confirmer la donation viciée dans sa forme ne peut être exercé par les héritiers et ayant cause du donateur *qu'après son décès*. C'est que la confirmation pendant la vie du donateur par un héritier présomptif constituerait un pacte sur succession future.

Faisons observer en terminant que les art. 1339 et 1340 s'appliquent dans l'opinion générale aux donations testamentaires aussi bien qu'aux donations entre vifs. Il y a en effet même raison de décider.

1244. Deuxième condition. — Il faut que la confirmation ait lieu *avec connaissance du vice dont l'obligation était entachée et avec l'intention de le réparer*. La loi exige même, nous le verrons tout à l'heure, que la réalisation de cette condition soit mentionnée dans l'acte confirmatif quand on en dresse un. Elle découle en effet de la notion même de la confirmation : on ne peut renoncer à un droit dont on ignore l'existence, et il n'y a pas de renonciation sans volonté de renoncer.

La confirmation tacite est soumise à la même condition. « A défaut » d'acte de confirmation ou ratification, dit l'art. 1338 al. 2, il suffit » que l'obligation soit exécutée *volontairement*... ». L'exécution volontaire n'est pas celle qui est faite librement ni même spontanément, mais celle à laquelle on procède *en connaissance de cause et avec l'intention de confirmer*. C'est également le sens que nous avons reconnu à la même expression dans l'art. 1235 al. 2 (*supra* n. 1014).

Si l'obligation était infectée de plusieurs vices, la confirmation ne produira pleinement ses effets qu'autant que le débiteur les aura tous connus; s'il n'en connaissait que quelques-uns, elle ne purgera l'obligation que des vices qui étaient connus du débiteur au moment où il a confirmé.

1245. Troisième condition. — Elle a trait à *l'époque à partir de laquelle la confirmation est susceptible de se produire valablement*. En principe, elle peut avoir lieu de suite après l'accomplissement de l'acte annulable ou rescindable. Mais il en est autrement, quand l'état de choses d'où procède le vice est de nature à se prolonger pendant un certain temps. Alors la confirmation n'intervient utilement que lorsque cet état de choses a cessé; faite auparavant, elle se trouverait enta-

chée du même vice que l'obligation elle-même. C'est en ce sens que l'art. 1338 al. 2 dit implicitement qu'il y a une époque avant laquelle l'obligation ne peut « être valablement confirmée ou ratifiée ». Ainsi la nullité résultant de la violence ne peut être effacée par une confirmation qu'après la cessation de la violence (art. 1115); celle qui a pour cause l'erreur ou le dol, tant qu'ils n'ont pas été découverts. De même, si un acte est annulable ou rescindable pour cause d'incapacité, l'incapable ne peut le confirmer lui-même que lorsqu'il a acquis ou recouvré la capacité légale (art. 1311).

1246. La confirmation doit remplir en outre toutes les conditions de validité exigées par le droit commun, et notamment la condition de *capacité*. Pour confirmer une obligation annulable ou rescindable, il ne suffit pas d'avoir la capacité de s'obliger; il faut être capable de disposer. La confirmation est en effet l'abandon du droit d'attaquer l'obligation; c'est donc un acte de disposition.

3. *Preuve de la confirmation.*

1247. Cette preuve est soumise aux règles ordinaires.

D'abord la *charge de la preuve* incombe au créancier ou, d'une manière générale, à celui qui se prévaut d'une confirmation soit expresse, soit tacite. L'obligé, demandeur en nullité ou simple défendeur, peu importe, a fait toute sa preuve, quand il a établi l'existence du vice qui infirme son obligation. C'est désormais au créancier, qui veut changer cette situation acquise, de prouver qu'il y a eu confirmation, et une confirmation remplissant toutes les conditions prescrites.

Quant au *mode de preuve*, la confirmation expresse ou tacite demeure soumise aux règles du droit commun. Ainsi la rédaction d'un écrit n'est pas nécessaire; la confirmation pourrait toujours être établie par l'aveu ou le serment; elle pourrait l'être aussi par témoins ou par simples présomptions, lorsque le montant du litige ne dépasse pas 150 fr., et même au-dessus de cette somme s'il existe un commencement de preuve par écrit ou si l'on se trouve dans une des hypothèses prévues par l'art. 1348. On ne sort du droit commun que lorsque les parties dressent un acte instrumentaire. La loi en effet subordonne sa force probante à certaines conditions de forme exceptionnelles, qui sont énumérées par l'art. 1338 al. 1. Il faut qu'on y trouve exprimée : — 1° *la substance de l'obligation à confirmer*, c'est-à-dire toutes les clauses qui sont nécessaires pour assurer son identité, en d'autres termes celles qui l'individualisent et la distinguent de toute autre (cpr. *supra* n. 1218); — 2° *la mention du motif de l'action en nullité ou en rescision*. On doit entendre par là l'indication du vice qui lui a donné naissance. Si l'obligation confirmée était entachée de plusieurs vices, et qu'un seul fût mentionné dans l'acte, il n'y aurait que celui-là d'effacé. Un mineur par exemple fait un partage sans observer les formalités légales, et il est en outre lésé de plus du quart; il aura dans ce cas une action en nullité fondée sur le vice de forme et une action en rescision pour cause de lésion. Si, dans l'acte confirmatif, il n'était question que du vice de forme, l'ex-mineur conserverait la faculté d'invoquer la lésion pour faire rescinder son engagement; — 3° *l'intention de réparer le vice sur lequel est fondée l'action en nullité ou en rescision*. Ces trois conditions sont exigées pour la validité de l'écrit seulement, et par conséquent leur omission ne peut avoir aucune influence sur la validité de la confirmation elle-même. Il n'y aura pas de preuve littérale sans doute;

mais la confirmation pourra être prouvée de toute autre manière. Bien plus, l'acte confirmatif irrégulier, impuissant à faire preuve complète, n'est pas radicalement nul, et il servira à l'occasion de commencement de preuve par écrit à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale et à celle par simples présomptions.

4. Effets de la confirmation.

1248. « La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans » les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renoncia- » tion aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet » acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ». Ainsi s'exprime, sur les effets de la confirmation, l'art. 1338 al. 3. On voit que ces effets ne sont pas les mêmes, suivant qu'on les envisage dans les rapports des parties contractantes ou à l'égard des tiers.

1249. A. *Effets entre les parties.* — L'effet de la confirmation est de rendre l'acte qui renfermait une cause de nullité ou de rescision, tout aussi inattaquable que si dès l'origine il n'eût été entaché d'aucun vice. A ce point de vue, la confirmation le valide rétroactivement. Mais il ne faut pas exagérer cette idée de rétroactivité, et l'appliquer aux effets de la convention confirmée ; car cette convention produisait déjà toutes les conséquences d'un acte valable, et ces conséquences continueront à se produire, avec cette seule différence qu'elles seront désormais irrévocables.

1250. B. *Effets à l'égard des tiers.* — La confirmation produit son effet « *sans préjudice néanmoins du droit des tiers* », dit l'art. 1338. Que faut-il entendre par *tiers* en notre matière ? On doit attribuer à cette expression exactement la même valeur que celle que nous lui avons reconnue dans l'art. 1328 relatif à la date certaine. Les tiers sont donc tous les *ayant cause à titre particulier* de celui de qui émane la confirmation, tous ceux auxquels il a concédé antérieurement à la confirmation un droit réel sur la chose objet du contrat, droit qui serait anéanti ou seulement diminué, si la confirmation rétroagissait. Ainsi un mineur a vendu un immeuble sans observer les formalités prescrites : cette vente est nulle ; devenu majeur, il revend le même immeuble à un autre, ou bien il l'hypothèque ou le grève de servitude, et puis il confirme la première vente. Cette confirmation n'aura aucun effet contre le second acheteur, qui restera propriétaire de l'immeuble, ou contre celui au profit duquel a été constituée la servitude ou l'hypothèque. Même solution, si, en sens inverse, la convention annulable ou rescindable est une constitution d'hypothèque ou d'un autre droit réel, et la seconde convention une aliénation : l'acquéreur ne serait pas tenu de respecter ces droits réels rétroactivement validés par une confirmation d'une date postérieure à son acquisition. Enfin nous n'hésitons pas, malgré le dissentiment de quelques auteurs, à appliquer le principe

au cas où, les actes successifs, dont le premier est vicié et le second valable, sont tous deux des constitutions d'hypothèques, consenties sur la même chose en faveur de deux créanciers différents. Ainsi un mineur hypothèque l'un de ses immeubles; plus tard, devenu majeur il consent sur le même bien une seconde hypothèque au profit d'un autre créancier. La confirmation de la première hypothèque ne la rendra pas opposable au second créancier, qui conservera le premier rang.

Cette disposition de la loi en faveur des tiers n'est pas seulement équitable ; elle se justifie aussi par des raisons juridiques. Quand une personne concède un droit sur une chose, dont elle a déjà disposé en tout ou en partie, mais qu'elle peut faire rentrer dans son patrimoine par l'exercice d'une action en nullité ou en rescision, elle renonce par là même, au profit du concessionnaire de ce droit, à la faculté qu'elle a de s'enlever par une confirmation le bénéfice de cette action. Car on ne peut pas supposer qu'elle ait voulu se réserver le moyen de faire tomber après coup le droit qu'elle transmettait en toute validité ; ce serait lui imputer un dol. Cette renonciation implicite au droit de confirmer n'est du reste que relative ; elle n'existe qu'au profit du tiers. La confirmation qui interviendrait serait donc valable, et elle produirait toutes les conséquences qu'elle peut produire *salvo jure tertii.*

Nous connaissons maintenant les personnes qui, sous le nom de tiers, peuvent repousser les effets de la confirmation ; il nous est facile de dire quelles sont au contraire celles qui sont obligées de les subir, quelque préjudice qu'ils leur causent. Ce sont les *ayant cause à titre universel* de celui qui confirme : non seulement ses héritiers légitimes, ses successeurs irréguliers, ses légataires ou donataires universels ou à titre universel, mais encore ses *créanciers chirographaires.* Car tous les actes émanés d'un débiteur sont opposables aux créanciers de cette catégorie, à moins qu'ils ne soient frauduleux (art. 1167).

SECTION II

DE LA PREUVE TESTIMONIALE

1251. La preuve *testimoniale* (de *testis,* témoin) est celle qui résulte des déclarations orales de témoins. On appelle *témoin* une personne qui a perçu directement par ses propres sens le fait contesté : elle est témoin *oculaire* si elle a vu, *auriculaire* si elle a entendu. Quelquefois on admet à témoigner des personnes qui ont seulement entendu raconter le fait litigieux et qui déposent par ouï-dire indépendamment de toute perception directe. C'est *la preuve par commune renommée,* preuve testimoniale affaiblie, parce qu'elle repose sur un témoignage indirect, et par conséquent dangereuse, que pour cette raison le législateur n'autorise que dans quelques cas tout à fait exceptionnels (art. 1415, 1442, 1504).

La matière de la preuve testimoniale présente à étudier deux grandes questions : quand cette preuve est-elle admissible ? et puis com-

ment est-elle administrée, c'est-à-dire comment est-elle obtenue? Le code civil ne résout que la première; il s'occupe exclusivement de l'admissibilité de la preuve testimoniale. Quant à l'administration de cette preuve, en d'autres termes quant à la forme dans laquelle elle doit se manifester, elle est réglée par les lois sur la procédure, auxquelles nous renvoyons (C. pr. art. 252 à 294; 407 a 413). La procédure, à l'aide de laquelle on obtient la preuve testimoniale, porte le nom d'*enquête*.

1252. Les règles fondamentales sur l'admission de la preuve par témoins sont tracées dans l'art. 1341, ainsi conçu : « *Il doit être passé » acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant » la somme ou valeur de cent cinquante francs; même pour dépôts volon- » taires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le » contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors » ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre » de cent cinquante francs; — Le tout sans préjudice de ce qui est pres- » crit dans les lois relatives au commerce* ». Cet article formule un double principe. — Le premier ordonne aux parties de passer acte de tout fait juridique excédant la valeur de 150 fr. — Le second principe suppose qu'un acte a été rédigé, et il interdit la preuve par témoins de toute convention, quelle qu'en soit la valeur, qui tendrait à compléter ou à modifier les dispositions de l'acte. — Ces deux principes qui ont pour objet de restreindre ou de prohiber l'admission de la preuve testimoniale, ne sont pas absolus; ils ont reçu de la loi quelques exceptions, qui viennent en tempérer la rigueur en permettant sous certaines conditions l'emploi de la preuve par témoins.

Ces simples observations nous suggèrent la méthode à suivre pour l'exposition de cette importante matière. Notre étude sera divisée en deux parties principales : dans la première, consacrée à l'explication du double principe formulé par l'art. 1341, nous parlerons des cas dans lesquels la preuve testimoniale n'est pas reçue; dans la seconde, nous dirons dans quels cas au contraire la preuve testimoniale est admise.

§ I. *Des cas dans lesquels la preuve testimoniale n'est pas admise.*

N° 1. Premier principe.

1253. *Il doit être passé acte de tout fait juridique dont l'objet est d'une valeur supérieure à cent cinquante francs* (art. 1341, 1re partie).

1. *Origine du principe.*

1254. C'est une vérité historique que la faveur attachée à la preuve testimoniale est en raison inverse de la diffusion des lumières et de la civilisation. Les

législations primitives l'admettent sans réserve; les législations des peuples qui se perfectionnent et se civilisent l'excluent peu à peu, et finissent par ne plus l'autoriser qu'exceptionnellement. Dans l'ancien droit romain, et pendant toute la période du moyen-âge, l'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale constituait un principe nécessaire, parce que, dans ces sociétés en voie de formation, l'écriture était inconnue ou du moins ignorée du plus grand nombre. Mais à mesure que son usage se répand et se généralise, la preuve littérale se substitue progressivement dans la loi au simple témoignage oral ; elle présente en effet sur lui l'avantage de ne rien oublier et de ne pouvoir tromper. C'est ainsi que l'invention de l'imprimerie en 1436, introduite à Paris en 1470 seulement, et la vulgarisation toujours croissante du papier, préparèrent les voies à la célèbre ordonnance de Moulins, du mois de février 1566, qui, dans notre histoire nationale, marque la fin de l'empire absolu qu'avait jusqu'alors exercé la preuve testimoniale. Par son art. 54, elle ordonna d'abord de passer acte de toutes choses excédant la somme de cent livres : au delà de cette valeur on devait rédiger un écrit. Elle défendit en outre, quand un acte avait été dressé, de prouver par témoins à l'encontre de ses dispositions, même au-dessous de cent livres. C'était établir la prééminence de la preuve écrite sur la preuve orale. Ce changement législatif fut, dans le principe, assez mal accueilli par la pratique. La maxime *Témoins passent lettres* avait poussé des racines trop profondes, pour que l'on pût se résigner facilement à accepter une disposition qui imposait la règle contraire *Lettres passent témoins.* Mais l'innovation était mûre, et elle prévalut. Juste un siècle après, l'ordonnance de Louis XIV, de 1667, sur la réforme de la justice, vint lui donner une consécration définitive (titre XX, art. 2). L'art. 1341 du code civil n'est que la reproduction, dans un style rajeuni, des dispositions des ordonnances de 1566 et de 1667.

2. *Motifs du principe.*

1255. En prohibant la preuve testimoniale de tout fait juridique présentant un intérêt supérieur à 150 fr., le législateur moderne n'a fait qu'obéir au double mobile qui avait inspiré le législateur de l'ancien droit. Il a voulu d'abord restreindre le nombre des procès, en obligeant les particuliers à se procurer dès l'origine une preuve écrite de leurs opérations juridiques. Il s'est aussi proposé (mais ce motif n'a pas eu la même influence que le premier) d'écarter le danger de la subornation des témoins.

Pour les faits de minime importance, c'est-à-dire ne soulevant qu'un intérêt de 150 fr. ou au-dessous, la loi se relâche de sa rigueur et déclare admissible la preuve testimoniale. On a dit que la corruption des témoins était alors moins à craindre; mais, ce que le législateur a surtout considéré, c'est qu'il ne pouvait en pareil cas mettre les contractants illettrés, en leur retirant le bénéfice de la preuve orale, dans la nécessité de faire les frais et de subir les lenteurs d'un acte notarié.

On le voit, les motifs, qui ont poussé le législateur à prohiber la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr., sont puisés dans des considérations d'ordre public au premier chef. Il n'a pas seulement voulu protéger l'intérêt privé du plaideur contre le danger des faux témoignages ; son but principal a été de sauvegarder un intérêt supérieur, en diminuant le nombre des procès et en bannissant de l'enceinte judi-

ciaire le scandale de honteuses spéculations. Il faut en conclure, à notre avis, que la prohibition de la preuve par témoins est *d'ordre public*. C'est aussi l'opinion qui paraît aujourd'hui prévaloir en doctrine. — Ce caractère reconnu, on est conduit à cette conséquence, que le juge doit rejeter d'office la preuve testimoniale, dans les cas où la loi la repousse, et cela alors même que la partie intéressée, contre laquelle on l'invoque, y donnerait son consentement formel. Le principe de l'art. 1341 est au-dessus des conventions privées (arg. art. 6).

3. *Portée du principe.*

1256. L'obligation de rédiger un acte authentique ou sous seing privé ne s'applique pas sans distinction à tous les faits dont on peut avoir à justifier l'existence devant les tribunaux. Le principe qui la formule a reçu de la loi deux limitations : l'une tient à la nature du fait à prouver, l'autre est relative à sa valeur pécuniaire.

1257. Première limitation. *Nature du fait à prouver.* — Malgré la généralité des termes de l'art. 1341, on admet que l'obligation qu'il impose de rédiger un acte écrit en matière excédant 150 fr. ne s'applique qu'aux *actes juridiques,* c'est-à-dire à ceux qui ont pour résultat direct et nécessaire *de créer, de transférer, de modifier, de confirmer, de reconnaître ou enfin d'éteindre un droit ou une obligation* (exemples : une vente, une transaction, un paiement), mais non aux simples faits, qui par eux-mêmes et par eux seuls n'engendrent ni obligation ni libération. Ces derniers pourront donc être prouvés indéfiniment par la preuve testimoniale. « Quant aux faits, dit Jaubert dans son rapport au tribunat, il fallait bien le plus souvent se confier à la preuve testimoniale. Les actions *purement physiques,* presque toujours instantanées, presque toujours l'ouvrage d'un seul, *ne peuvent être constatées par écrit* ». Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'événements naturels, tels que la foudre, l'inondation, ou de faits humains, comme l'ensemencement et la récolte d'un fonds de terre, la construction ou la réparation d'une maison, l'action de passer seul, en charrette ou avec troupeau, etc. Le législateur pouvait bien commander aux particuliers de se ménager la preuve littérale des faits qu'ils accomplissent, quand dès ce moment ils sont à même de prévoir qu'à raison de leurs conséquences juridiques ces faits sont susceptibles de devenir l'objet d'un débat judiciaire ; mais son ordre eût été inutile et vexatoire, appliqué à des faits, qui, n'engendrant pas immédiatement des rapports juridiques et ne devant en engendrer qu'accidentellement, ne laissent pas entrevoir à leurs auteurs la nécessité de les prouver en justice.

Il y a des faits complexes qui présentent un élément matériel et un élément juridique. Alors le principe s'appliquera divisément : la preuve testimoniale ne sera pas admissible, si elle est offerte pour établir l'existence de l'élément juridique ; on devra l'admettre au contraire pour prouver l'existence de l'élément matériel. Ainsi la possession est en principe un fait purement matériel ; mais il s'y mêle un élément juridique, quand on prétend avoir possédé par l'intermédiaire d'un fermier : ce sont les

rapports dérivant du contrat de bail. La preuve par témoins, recevable pour prouver les actes possessoires, sera rejetée pour établir la qualité de fermier chez le possesseur. Supposons de même une faute *contractuelle,* c'est-à-dire commise dans l'exécution d'un contrat. La faute est un fait matériel de négligence ou d'imprudence, pour lequel la preuve testimoniale sera indéfiniment admissible; mais avant tout il faudra démontrer l'existence du contrat, et on ne pourra pas le faire en principe à l'aide de la preuve testimoniale.

Le principe qui prescrit de passer acte ne comprend donc que les faits juridiques; mais en retour il les comprend *tous,* quel que soit leur caractère. Ainsi, ce ne sont pas seulement les *conventions* qui devront être constatées par écrit; il en est de même des faits simplement *unilatéraux,* tels que la confirmation expresse ou la reconnaissance d'un droit. L'intention du législateur n'est pas douteuse sur ce point. Le projet de l'art. 1341 contenait ces mots : « Il doit être passé acte de *toutes conventions* pour choses... »; or les mots de *toute convention* ont été effacés dans la rédaction définitive, et remplacés par une formule beaucoup plus générale.

On peut s'étonner après cela que notre article ait prévu, pour le soumettre à la règle, le cas du dépôt volontaire, c'est-à-dire du dépôt qui se fait en vertu d'un consentement libre et spontané. Quelle utilité y avait-il à s'expliquer sur ce contrat particulier ? Pothier nous apprend (n. 787) qu'avant l'ordonnance de 1667, et malgré les termes généraux de celle de Moulins, il s'était élevé quelques doutes sur le point de savoir si le dépôt volontaire était compris dans sa disposition. Le dépositaire, disait-on, remplit un office d'ami, et il est moralement impossible au déposant de lui demander une reconnaissance écrite d'un dépôt dont il ne consent à se charger que pour lui faire plaisir. Malgré le vœu émis par Cujas, l'ordonnance de 1667 ne s'arrêta pas à cette considération, ainsi que le témoignent les mots *même pour déposts volontaires* (tit. XX, art. 2). Et c'est avec raison. On peut sans faire injure au dépositaire lui demander un écrit; car cette précaution est prise moins contre lui-même, en qui l'on a une entière confiance, que contre ses héritiers qui ignorent peut-être le dépôt.

1258. Seconde limitation. *Valeur du fait juridique.* — L'art. 1341 n'exige la rédaction d'un acte qu'autant que le fait juridique qu'il s'agit de constater a une valeur *supérieure à cent cinquante francs.* Le code a modifié en l'élevant le taux fixé par l'ordonnance de 1667 : 150 fr. au lieu de 100 livres. Mais, par suite de la dépréciation des valeurs monétaires, 150 fr. valent moins aujourd'hui que 100 livres ne valaient en 1667. La rigueur de la loi à l'endroit de la preuve testimoniale se trouve ainsi avoir augmenté plutôt que diminué; mais c'est là un résultat remarqué et voulu par le législateur. « Cette augmentation de 50 fr., disait le tribun Jaubert dans son rapport, n'est pas proportionnelle à la valeur relative des espèces. Mais, d'une part, les circonstances morales ne sont pas propres à encourager le législateur à donner plus de latitude à la preuve testimoniale; de l'autre, il a dû considérer que l'usage de l'écriture est devenu plus familier ».

L'application de la limite légale ne soulève aucune difficulté, lorsque le fait juridique qu'il s'agit de prouver a pour objet une somme d'argent. Mais dans les autres cas il est nécessaire de procéder à une évaluation. Le juge, étant expert de droit, pourra faire l'estimation lui-même, sauf à ordonner une expertise s'il ne dispose pas de moyens suffisants.

Il résulte de cette seconde limitation que la preuve testimoniale est recevable, même en ce qui concerne les faits juridiques, lorsque leur valeur ne dépasse pas 150 fr. Toutefois, il y a certains contrats dont la preuve testimoniale n'est jamais reçue, quelque minime que soit la valeur de leur objet. Tels sont le bail (art. 1715, 1716), la transaction (art. 2044), l'antichrèse (art. 2085). Le droit maritime en offre surtout de nombreux exemples : la vente d'un navire (C. co. art. 195), l'engagement des gens de l'équipage (C. co. art. 250), l'affrétement (C. co. art. 273), le prêt à la grosse aventure (C. co. art. 311), l'assurance maritime (C. co. art. 332).

1259. Il nous reste à montrer d'après quelles règles on doit déterminer cette valeur de 150 fr., au-dessus de laquelle les parties sont tenues de dresser un écrit. En effet cette valeur peut varier suivant l'époque à laquelle on se place pour l'apprécier ; elle varie aussi en raison des avantages que l'on y comprend. Nous allons résumer dans quelques propositions très simples la théorie de la loi sur ce point.

1260. I. — Pour calculer la valeur de 150 fr., il faut s'attacher exclusivement *au moment où le fait juridique a été accompli.*

La vérité de cette proposition découle de l'économie même de l'art. 1341. Il ne prohibe pas directement, qu'on le remarque bien, la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr.; il enjoint de passer acte de toutes choses excédant la somme ou valeur qu'il indique, et ce n'est qu'implicitement qu'on en déduit, à titre de sanction, la prohibition de la preuve testimoniale. Or, pour obéir à l'injonction de la loi, les parties ne peuvent évidemment se placer qu'à l'époque de l'accomplissement du fait juridique; car c'est dès ce moment qu'elles doivent dresser un écrit s'il en est besoin, et par suite vérifier si la valeur excède ou non 150 fr. La sanction de la loi serait injuste, si l'on s'attachait au jour de la demande; car, dans l'intervalle, la valeur a pu augmenter et dépasser la limite légale par l'effet de circonstances accidentelles et imprévues. — On objecte que la disposition de l'art. 1341 est fondée sur la crainte de la corruption des témoins, et que par conséquent on doit tenir compte aussi du montant de la somme ou valeur réclamée. Sans doute cette idée de subornation, déjà mentionnée par Pothier, paraît avoir inspiré dans une certaine mesure les rédacteurs du code; mais en tout cas ce motif, nous l'avons dit, n'a été que secondaire, et il ne saurait prévaloir contre la raison tirée du texte de la loi. Il n'a du reste en lui-même aucune valeur. « La délicatesse des consciences, dit très justement M. Colmet de Santerre, ne dépend pas d'une question de chiffres, et on trouve des témoins à tout prix, de même qu'à aucun prix on ne détermine un homme honnête à faire un faux témoignage ». Ajoutons que ce serait faire peu d'honneur à la nature humaine que de tarifer le taux moyen de sa moralité au maximum de 150 fr. !

La règle démontrée, il en résulte à titre de corollaire que la preuve testimoniale est admissible, si la convention, au moment où elle s'est formée, était d'une valeur égale ou inférieure à 150 fr., bien que la demande dépasse ce chiffre. Le contrat de société nous en fournit une application intéressante. D'après l'art. 1834, les sociétés

civiles ne doivent être rédigées par écrit que « lorsque leur objet est d'une valeur de » plus de cent cinquante francs ». L'objet de toute société, c'est le fonds social, c'est-à-dire l'ensemble des apports de tous les associés. Si donc le fonds social au moment de la formation du contrat n'excède pas le taux fixé par la loi (on peut supposer des personnes qui s'associent pour acheter des billets de loterie), l'associé qui réclame sa part dans les bénéfices, sera fondé à invoquer la preuve par témoins pour établir l'existence de la société, alors même que cette part serait bien supérieure à 150 fr.

1261. La loi a consacré elle-même quelques conséquences du principe, que, pour juger de l'admissibilité de la preuve testimoniale, on doit apprécier la valeur du fait juridique au moment où il s'est passé.

a. — Une première conséquence est écrite dans l'art. 1344. Le juge doit refuser d'admettre la preuve testimoniale, lorsqu'il est constant par l'aveu du demandeur que la somme réclamée, qui est inférieure à 150 fr., se rattache directement à un fait juridique d'une valeur plus forte et qui aurait dû être constaté par écrit. Voici du reste la disposition de la loi : « *La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme* » *même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise lorsque* » *cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance* » *plus forte qui n'est point prouvée par écrit* ».

= *Être le restant.* Par exemple je vous ai prêté sans écrit la somme de 200 fr. ; vous m'en avez payé 100, et vous niez votre dette pour le surplus. Je ne pourrai pas prouver par témoins le restant de ma créance, parce que je suis en faute de n'avoir pas dressé un acte. Il en serait autrement, si le débiteur, ayant exécuté *de suite* une partie de son obligation, n'était resté en définitive débiteur que d'une somme égale ou inférieure à 150 fr. Ainsi je vous vends un cheval pour 600 fr. ; vous me payez immédiatement un acompte de 500 fr., et je vous livre le cheval. Je pourrai prouver par témoins que vous me devez encore 100 fr. ; car je n'ai jamais suivi votre foi que pour cette somme.

= *Ou faire partie.* Ces mots, qui ont été ajoutés sur la demande du tribunat, font allusion notamment à l'hypothèse où une créance supérieure à 150 francs s'est divisée par la mort du créancier entre ses héritiers (art. 1220), de telle sorte que chaque cohéritier ne se trouve plus avoir droit qu'à une somme de 150 fr. ou moindre. Si l'un d'eux poursuit le débiteur, la preuve testimoniale lui sera refusée pour établir l'existence de la créance, toujours parce qu'à l'origine elle aurait dû être constatée par écrit. Les héritiers subissent les conséquences de la faute commise par leur auteur.

b. — L'art. 1343 exprime une autre conséquence plus évidente encore : « *Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs,* » *ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant* » *sa demande primitive* ». La loi a voulu déjouer la combinaison qui consiste à abaisser après l'introduction de l'instance le chiffre de la

demande pour se procurer, au moins jusqu'à concurrence de 150 fr.; le secours de la preuve testimoniale. De ce fait que le demandeur a réclamé une somme supérieure au taux légal, elle tire cette conclusion qu'il veut maintenant éluder ses dispositions, en prétextant que la somme due était inférieure.

Mais cette présomption, fondée sur un aveu, tomberait, si, comme le permet l'art. 1356 al. 4, cet aveu était rétracté par erreur de fait dûment démontrée, et cela nonobstant l'art. 1352 al. 2, parce que la loi ne dénie pas ici l'*action en justice*, mais seulement un *moyen de preuve*.

1262. II. — Pour calculer la valeur du fait qu'il s'agit de constater, on doit s'attacher, non seulement à la prestation principale, mais encore aux *prestations accessoires* qui s'y trouvent stipulées. Et en effet, ces prestations accessoires constituent, comme le principal, l'objet certain du fait juridique, et elles s'y ajoutent pour en déterminer l'importance.

L'art. 1342 établit cette règle en l'appliquant au prêt à intérêt : « *La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la* » *demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital,* » *excèdent la somme de cent cinquante francs* ». Je vous ai prêté 140 fr. à 5 °/₀. Au bout d'un an, vous me devez 7 fr. d'intérêts, total : 147 fr.; si je réclame cette somme en justice, je pourrai prouver ma prétention par témoins. Au bout de deux ans, si vous ne m'avez rien payé, vous me devrez 154 fr.; mais je ne pourrai plus, si vous contestez cette dette, invoquer la preuve testimoniale. Au moment où ma créance allait dépasser le chiffre de 150 fr., j'aurais dû me faire payer les intérêts échus, sinon exiger un écrit.

Peu importe que le créancier ne réclame que le capital, 140 fr., les intérêts lui ayant été payés; peu importe même qu'il ne réclame que les intérêts, 14 fr. Ce n'est pas, nous le savons, le chiffre de la demande que l'on doit considérer; il est impossible de prouver par témoins, même une demande inférieure au taux légal, si la somme réclamée fait partie d'une créance plus forte qu'on est en faute de n'avoir pas fait constater par écrit, soit à l'époque de sa formation, soit depuis.

Nous avons admis tout à l'heure que les bénéfices espérés d'une société ne devaient pas entrer en ligne de compte pour apprécier la valeur de l'objet de ce contrat. Cette solution n'est pas en contradiction avec l'esprit de l'art. 1342. Les intérêts d'un capital prêté sont des prestations futures, mais certaines, des effets nécessaires du contrat de prêt, que l'on peut évaluer *ab initio;* les bénéfices sociaux au contraire sont des résultats purement éventuels du contrat, qui n'accroissent pas nécessairement la valeur de son objet et qu'on ne peut pas calculer d'avance pour savoir si l'on est dans l'obligation de passer acte.

Nous avons supposé, avec la loi du reste, qu'il s'agissait d'intérêts échus au jour de la demande. On ne doit pas faire entrer en effet dans

le calcul de la valeur les intérêts moratoires, c'est-à-dire les intérêts courus depuis l'introduction de l'instance. Car il est de principe que la position des parties devant la justice se fixe au moment où l'action est introduite; la résistance injuste du débiteur et les lenteurs de la procédure ne sauraient nuire au créancier.

Le cas de la clause pénale fournit une autre application de la règle que nous avons déduite de la disposition de l'art. 1342. Lorsqu'une clause pénale a été stipulée pour simple retard dans l'exécution d'une obligation, la peine constitue, de même que les intérêts conventionnels, une prestation accessoire, dont le chiffre est fixé d'avance et qui forme avec le principal l'objet de la convention. Il faut donc additionner le tout, le principal et la peine, pour résoudre la question d'admissibilité de la preuve testimoniale. Il en serait autrement, si, aucune clause pénale n'ayant été stipulée lors de la formation du contrat, le créancier réclamait, à raison de la demeure du débiteur, des dommages et intérêts, qui, réunis au principal, excéderaient la somme de 150 fr. La prestation de ces dommages et intérêts a pour cause directe la faute du débiteur, qui ne constitue qu'un fait pur et simple et dont le créancier ne pouvait se procurer d'avance une preuve littérale.

1263. III. — Il faut apprécier la valeur du fait contesté *eu égard à l'intérêt juridique qu'il présente dans le procès pour la partie qui invoque la preuve testimoniale.* Prenons pour exemple le paiement. S'il est allégué par le débiteur comme fait libératoire, l'intérêt qu'il représente au point de vue du litige se mesure exactement sur le chiffre de la somme payée. Mais il n'en est pas ainsi, lorsqu'il est allégué pour en induire par voie de conséquence l'interruption d'une prescription ou la confirmation tacite d'une obligation entachée de nullité ou de rescision. Quel que soit le chiffre de la somme qui en forme l'objet, alors même qu'elle serait inférieure à 150 fr., la preuve par témoins n'est pas recevable, si l'obligation, dont ce prétendu paiement aurait interrompu la prescription ou couvert le vice, dépasse la limite légale. Dans l'espèce, le fait contesté, c'est-à-dire le paiement, présente une valeur qui doit s'apprécier, non pas d'après le montant de son objet, mais d'après l'importance des conséquences de droit que veut en déduire dans le débat la partie qui l'allègue.

4. *Règles complémentaires du principe.*

1264. Le législateur ne s'est pas borné à poser le principe, qu'il doit être passé acte de tout fait juridique excédant la valeur de 150 fr.; il l'a complété, en édictant certaines dispositions destinées à prévenir sa violation indirecte. Ces règles complémentaires sont au nombre de deux.

1265. *a.* — La première est contenue dans l'art. 1345 : « *Si dans » la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait » point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la » somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être*

» *admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de* » *différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si* » *ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autre-* » *ment, de personnes différentes* ». *Primus*, par exemple, présente, dans une même instance introduite contre *Secundus*, plusieurs chefs de demande, qui sont relatifs à des droits provenant de causes différentes, et non constatés par écrit. Il lui réclame d'abord 100 fr. pour le prix de la vente d'une chose, puis 50 fr. à titre de prêt, et enfin une autre somme de 50 fr. pour un second prêt qu'il lui a fait à une autre époque. L'art. 1345 décide que *Primus* ne sera admis à prouver par témoins *aucune de ces créances, quoique le montant de chacune soit au-dessous de* 150 *fr.*, et cela alors même qu'il demanderait à établir leur origine séparée soit quant à leur cause, soit quant à leur date.

Cette disposition a été vivement critiquée. Ne peut-on pas dire en effet que les diverses réclamations élevées par le demandeur répondent chacune à un fait juridique distinct, et que par conséquent on doit les considérer isolément pour l'application du premier principe formulé par l'art. 1341? La règle légale est rigoureuse sans doute; mais il est possible de la justifier. Ce n'est pas, à notre avis, parce que la loi redoute la subornation des témoins au-dessus de 150 fr.; cette raison, dont quelques-uns exagèrent l'importance, est dans le cas particulier démentie par la restriction qu'indique la fin de notre texte. Le législateur, qui, en prescrivant la rédaction d'un acte, s'est préoccupé avant tout de prévenir la multiplicité des procès, ne serait arrivé qu'in complètement à son but, s'il avait permis à celui qui forme une demande supérieure à 150 fr. de prouver par témoins qu'elle se compose de créances distinctes dont chacune est inférieure à cette somme. Le code n'a fait du reste que copier l'art. 5 du titre XX de l'ordonnance de 1667, et les auteurs de l'ordonnance ont aussi expliqué la règle qu'ils édictaient par la crainte de *cette multiplicité d'actions qui était contraire à la présente réformation*. En vain le demandeur objectera qu'elles proviennent de différentes causes, et qu'elles se sont formées en différents temps; il pouvait et il devait exiger un écrit dès que le chiffre total de ce qui lui était dû dépassait la somme de 150 fr.; il est en faute de ne l'avoir pas fait.

Toutefois l'art. 1345 limite lui-même l'étendue de la prohibition de la preuve testimoniale dans le cas qu'il prévoit.

D'abord la prohibition cesse de s'appliquer, lorsque les droits réclamés, dont la valeur additionnée excède 150 fr., procèdent de *personnes différentes* et ont été réunis sur la même tête *par succession, donation ou autrement*. Ainsi je vous ai prêté 100 fr. sans retirer de preuve écrite, et puis je deviens héritier de mon père, qui vous avait également prêté 100 fr. sans écrit. Je pourrai prouver par témoins l'existence de mes deux créances. Ce tempérament, apporté à la rigueur de la loi, est facile à comprendre. Aucune faute initiale ne peut être reprochée ni à moi ni à mon auteur, puisque la modicité de nos créances respectives nous affranchissait de l'obligation de rédiger un acte; et plus tard, lorsque s'est produit le fait qui, en réunissant nos deux créances, a porté le montant cumulé de mes droits au delà de la limite légale, il n'était pas en mon pouvoir d'exiger un écrit du débiteur.

En second lieu, il résulte de l'art. 1345 qu'on doit, en additionnant la valeur des divers droits réclamés, faire abstraction de ceux qui sont justifiés par écrit, et même de ceux pour lesquels il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347). Arg. des mots *dont il n'y ait point de titre par écrit.*

* Il faut laisser également en dehors de l'addition les droits qui, étant nés dans des circonstances où la rédaction d'un écrit était impossible, peuvent toujours se prouver par témoins d'après l'art. 1348. Cette solution a soulevé quelque doute dans l'hypothèse où les droits, dont la loi admet indéfiniment la preuve par témoins, ont été acquis avant ceux qui sont étrangers à la faveur exceptionnelle des art. 1347 et 1348. Le créancier, qui connaissait l'existence de la première créance, pouvait, dit-on, s'apercevoir que l'acquisition de la seconde allait élever le total de ses droits au-dessus de la limite légale; il devait s'en procurer la preuve littérale. Cependant on décide généralement qu'on ne doit tenir aucun compte de la date des diverses créances pour l'application de l'art. 1345, ses termes ne faisant aucune distinction.

1266. *b.* — Nous arrivons à la seconde règle complémentaire; elle établit une déchéance très grave, la perte du droit lui-même, contre le demandeur, qui, ayant, à quelque titre que ce soit, plusieurs demandes à former, non entièrement justifiées par écrit, ne les a pas comprises dans le même exploit. Tel est l'objet de l'art. 1346 : « *Toutes » les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement » justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel » les autres demandes dont il n'y aura point de preuve par écrit ne seront » pas reçues* ».

Pour bien apprécier la portée de cette règle, il faut mettre en pleine lumière les deux motifs qui l'ont dictée.

Elle a d'abord pour but de sanctionner la disposition de l'art. 1345 et d'en garantir l'exécution. Cet article enlève le secours de la preuve testimoniale à celui qui, *dans la même instance,* forme diverses demandes inférieures chacune à 150 fr., mais dont l'ensemble dépasse ce chiffre. Pour éluder cette prohibition, il n'y aurait eu qu'à faire de chaque créance l'objet d'une instance séparée. Notre article déjoue cette nouvelle ruse.

Mais le législateur s'est aussi proposé de diminuer autant que possible la multiplicité des petits procès à juger sur enquêtes, et d'obtenir ainsi une plus prompte expédition des affaires. Cette raison est aussi celle qui, ainsi que l'attestent les procès-verbaux relatifs à la rédaction de l'ordonnance de 1667, a fait introduire dans cette œuvre législative l'art. 6 du titre XX, dont notre disposition n'est que la reproduction textuelle. C'est par ce point de vue seulement que l'on peut expliquer la généralité de ses termes et l'étendue de son application.

Ainsi le texte commande de réunir dans un même exploit, sans distinction, *toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront*

pas entièrement justifiées par écrit. Par conséquent cet ordre s'applique :

1° Au cas où le montant cumulé des diverses demandes est inférieur à 150 fr. C'est surtout dans cette hypothèse qu'il est utile, dans un intérêt d'économie, de restreindre le nombre des litiges peu importants.

2° Au cas également où les créances proviennent par succession, donation ou autrement de différentes personnes. L'intérêt de les soumettre simultanément à la justice reste toujours le même.

3° Enfin aux demandes dont il est permis de faire la preuve par témoins, quelle que soit leur importance, en vertu des art. 1347 et 1348. — Nous devons signaler une difficulté pour l'art. 1347. Quelques esprits pensent que le créancier, qui a plusieurs créances dont quelques-unes sont à demi justifiées par un commencement de preuve par écrit, n'est pas obligé, à peine de déchéance, de comprendre ces dernières dans l'exploit. L'art. 1347 est conçu, dit-on, en termes si généraux, qu'il fait exception à toutes les dispositions qui précèdent, y compris l'art. 1346 : « *Les règles* » *ci-dessus* reçoivent exception... ». — Mais la lettre de l'art. 1346 ne permet pas, selon nous, d'admettre cette opinion : « Toutes les demandes..., dit-il, qui ne seront pas » *entièrement* justifiées par écrit... ». Il est impossible d'équivoquer sur la portée de cette formule. La rédaction trop absolue de l'art. 1347 s'explique facilement, si l'on songe que l'art. 1346 n'existait pas dans le projet et n'a été introduit dans le code que pendant le cours de la discussion. On aurait dû, en opérant cette intercalation, modifier la formule de l'art. 1347; on a oublié ou négligé de le faire.

Mais l'ordre de la loi s'arrête là où son exécution devient impossible. C'est ainsi qu'il ne comprend pas bien évidemment les droits qui ne sont nés qu'après l'introduction de l'instance.

Nous croyons qu'il en est de même des créances déjà nées, mais qui à ce moment ne sont pas encore exigibles; car on n'est pas fondé à former une demande pour elles, puisqu'on ne peut pas contraindre le débiteur à les exécuter. Cette question cependant est diversement résolue.

1267. La sanction de l'art. 1346 ne consiste pas seulement dans le refus de la preuve testimoniale, mais encore dans la non-recevabilité des demandes qui ont été omises dans l'exploit. La déchéance porte sur l'*action,* c'est-à-dire sur le droit d'agir en justice. Cette sanction est sévère; elle peut aussi paraître contraire aux principes généraux de la matière; car la violation de l'art. 1341 lui-même n'exerce aucune influence sur le fond du droit, sur la validité du fait juridique. Mais le texte est formel, et les interprétations qu'on en a données pour en éluder la force sont toutes plus ou moins arbitraires. « *Les autres demandes..... ne seront pas* REÇUES », dit l'art. 1346, c'est-à-dire seront rejetées, sans examiner si elles sont ou non fondées. On doit en conclure qu'elles ne pourraient être prouvées ni par l'aveu ni par le serment.

N° 2. Second principe.

1268. *Lorsqu'un fait juridique a été constaté par un acte authentique ou sous seing privé, la preuve par témoins n'est pas admise contre et outre le contenu de cet acte, ni sur les modifications verbales qu'on alléguerait y avoir été plus tard apportées, alors même qu'il s'agirait d'une valeur inférieure à cent cinquante francs* (art. 1341 2e partie).

1. *Origine et motif du principe.*

1269. La preuve littérale est une de celles qui méritent le plus de confiance. La rédaction écrite détermine, dans une forme nette et réfléchie, la pensée des parties, et appelle leur attention, comme jadis la stipulation, sur l'étendue de leurs engagements ; l'expérience prouve qu'elles écartent les simples pourparlers, et ne s'attachent à constater que ce qui est définitivement arrêté. En outre, l'écriture conserve fidèlement la trace des faits qu'on lui confie, et elle est moins sujette à altération que la mémoire des hommes. La preuve orale, qui repose sur des témoignages humains, le plus souvent incertains et confus, parfois même infidèles, ne saurait être comparée à celle qui résulte des actes instrumentaires; et, lorsqu'elles se trouvent en conflit, la raison et le bon sens indiquent que la preuve écrite doit toujours prévaloir.

Aussi le droit romain de l'époque classique, quoique favorable à l'admission de la preuve testimoniale, avait déjà consacré la règle qu'elle ne peut être invoquée contre un écrit dont la vérité n'est point d'ailleurs en question. « *Testes,* dit Paul dans un passage de ses sentences qui n'est pas suspect d'interpolation (l. V, t. XV, § 4), *quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt* ». Mais cette vérité s'éclipsa pendant les ténèbres du moyen-âge; la preuve testimoniale fut préférée à la preuve littérale, comme l'atteste cet adage classique formulé par Loysel : *Témoins passent lettres.* Ce n'est qu'au XVIe siècle qu'à la faveur de cet essor de civilisation qu'on a appelé la renaissance, les actes instrumentaires ressaisirent la prééminence qui leur appartient naturellement. Cette conquête législative fut consacrée par l'ordonnance de Moulins de 1566, et plus tard par celle de 1667. Aujourd'hui il faut dire, renversant l'adage de Loysel : *Lettres passent témoins.*

2. *Portée du principe.*

1270. L'art. 1341 s'exprime ainsi : «... et il n'est reçu aucune preuve » par témoins *contre* et *outre* le contenu aux actes, ni *sur ce qui serait » allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes,* encore qu'il » s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs ».

a. — Il n'est pas permis d'abord de prouver par témoins *contre* la teneur de l'acte, c'est-à-dire d'établir un fait qui contredit ses déclarations. Ainsi, quand un écrit constate que je vous ai prêté 100 fr., vous ne pourrez pas faire entendre des témoins pour prouver que vous en avez reçu 50 seulement; ou bien, lorsqu'il est dit dans un acte que je vous vends telle chose moyennant 1,000 fr. payés comptant, je ne suis pas recevable à prouver par témoins que les 1,000 fr. n'ont pas été payés comptant.

b. — Il n'est pas permis non plus de prouver par témoins *outre* le contenu de l'acte. Prouver outre l'acte, ce serait établir que, tout ce qu'il dit étant d'ailleurs exact, il n'a pas dit tout ce qu'il devait dire. Ces omissions, que l'on veut réparer, tendent généralement à augmen-

ter l'étendue des obligations constatées. Ainsi, lorsqu'un acte porte que je vous ai prêté telle somme, sans rien dire de plus, je ne serai pas admis à prouver par témoins que je vous les ai prêtés à 5 %; de même vous ne pourriez pas établir par le même moyen que je vous ai accordé un délai de quatre ans pour payer.

Il est possible que des inexactitudes se soient glissées dans la rédaction de l'écrit, que des omissions aient été commises. Mais il s'agit de les établir au moyen de la preuve testimoniale; or la loi présume avec raison que les déclarations de l'acte, quoique faillibles, présentent plus d'éléments de conviction que le témoignage oral.

c. — Le texte ajoute enfin qu' « il n'est reçu aucune preuve par » témoins sur ce qui serait allégué avoir été *dit* avant, lors ou depuis » les actes ». Le sens naturel de ces expressions, c'est qu'il est défendu de prouver par voie d'enquête qu'une clause modificative ou simplement additionnelle a été *verbalement* convenue avant, lors ou depuis l'acte.

On a prétendu que cette dernière précision de l'art. 1341 n'ajoute absolument rien à la prohibition qu'il édicte, et qu'elle se ramène à la proposition précédemment exprimée qui interdit la preuve testimoniale contre et outre le contenu de l'acte. Ce reproche n'est fondé qu'en partie. Le double emploi existe sans doute, lorsque la clause verbale qu'on allègue est contemporaine de la rédaction de l'acte; elle ne peut alors avoir d'autre effet que de le contredire ou d'y ajouter quelque chose. Mais il n'en est plus de même, quand on allègue une convention verbale postérieure à l'acte. Je vous ai fait par exemple un bail écrit d'une durée de trois ans, et vous offrez d'établir par témoins que, postérieurement à sa rédaction, il a été verbalement convenu que ce bail serait d'une durée de six ans. Ici on demande à prouver un fait nouveau, qui, dans la pensée des parties signataires, n'a jamais dû figurer sur l'écrit. Cette allégation n'est pas comprise dans la première partie de la formule légale : elle ne contredit pas l'acte, puisqu'elle suppose que la convention, qu'il était destiné à constater, s'y trouve exactement rapportée; elle ne tend pas non plus à compléter l'acte, puisqu'elle implique également que la convention pour laquelle il a été rédigé y est rapportée d'une manière complète.

Il résulte de là que, si les parties veulent introduire des clauses nouvelles dans une convention écrite, elles devront faire constater par un acte nouveau ces conventions postérieures, quelque insignifiantes qu'elles soient. Cette solution est tout à fait en harmonie avec l'esprit de la loi. En effet le législateur ne peut guère admettre que, lorsque les parties se sont ménagé la preuve littérale d'un fait juridique, elles n'aient pas dû constater de la même manière les additions ou modifications postérieures qu'elles y auraient apportées. Donc toutes celles qui n'ont point été consignées par écrit doivent être présumées de simples pourparlers qui n'ont pas abouti.

1271. Mais il ne faut pas exagérer la portée de notre texte en l'appliquant à des faits juridiques postérieurs, qui, tout en présentant un rapport direct avec la convention, n'ont pas pour but d'y ajouter ou changer quelque chose. Ainsi la simple exécution de la convention par le paiement ou son extinction par une remise de dette ou par une compensation pourraient être prouvés par témoins, si du moins l'intérêt en litige n'excède pas 150 fr. L'allégation de ces faits juridiques respecte en effet tous les éléments, toute la manière d'être de l'obligation, telle qu'elle résulte de son titre constitutif. Il est vrai qu'au dernier siècle des arrêts

avaient jugé le contraire; mais cette jurisprudence avait été condamnée par les auteurs les plus exacts, et notamment par Jousse et par Pothier (n. 799). — Il ne faudrait pas assimiler, au point de vue qui nous occupe, la novation aux faits juridiques dont nous venons de parler; car elle ne consiste pas dans une destruction pure et simple, mais dans une transformation conventionnelle de la première dette.

1272. Telle est l'exacte portée du second principe formulé par l'art. 1341; toutefois son application est restreinte par quelques limitations qu'il nous reste à faire connaître.

D'abord ce principe n'est applicable qu'entre les parties signataires de l'acte; il ne s'applique pas aux *tiers*, c'est-à-dire aux personnes qui n'y ont pas figuré. Les tiers sont toujours autorisés à prouver par témoins, dans les limites tracées par les art. 1341, 1347 et 1348, l'existence des faits juridiques qui tendent à modifier ou à compléter les déclarations contenues dans un acte instrumentaire; car il ne saurait être au pouvoir des contractants de restreindre la liberté d'autrui par des mensonges ou des omissions.

Ensuite l'art. 1341 n'édicte la prohibition de la preuve testimoniale que lorsqu'il y a un *acte*, c'est-à-dire un écrit rédigé contradictoirement par les parties et destiné à servir de preuve. Par suite, on ne doit pas l'étendre à l'hypothèse où l'écrit qui existe ne constitue pas un acte : ce qui arrive, par exemple, quand la preuve littérale consiste dans des registres ou papiers domestiques ou dans des mentions écrites par le créancier (art. 1331 et 1332).

§ II. *Des cas dans lesquels la preuve testimoniale est admise.*

1273. La loi indique un certain nombre de cas dans lesquels la preuve testimoniale est toujours admissible. Les uns constituent des exceptions formelles au double principe formulé par l'art. 1341 ; les autres sont en dehors de ses prohibitions.

N° 1. Des exceptions.

1274. I. La première exception est relative aux *matières commerciales*. Elle est annoncée par ces mots qui terminent l'art. 1341 : « Le » tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les *lois relatives au* » *commerce* », et elle se trouve consacrée dans l'art. 109 du code de commerce : « Les achats et ventes (lisez : les actes de commerce) se » constatent,... *par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal* » *croira devoir l'admettre* ». La loi commerciale n'impose qu'une condition pour l'admissibilité de la preuve par témoins : c'est que le juge l'autorise. Aussi, en matière de commerce, cette preuve est-elle recevable, lors même que la valeur du fait juridique à prouver serait supérieure à 150 fr., elle l'est également, pour établir qu'un acte est inexact ou incomplet, ou qu'il a été modifié après coup par des conventions verbales. La multiplicité des opérations commerciales et aussi la rapidité avec laquelle elles se concluent empêchent souvent les commerçants d'avoir recours à la preuve littérale.

1275. II. Le double principe, établi par le premier alinéa de l'art. 1341, reçoit encore exception dans le cas prévu par l'art. 1347 : « *Les règles ci-dessus reçoivent exception, lorsqu'il existe un commen-*

» *cement de preuve par écrit. — On appelle ainsi tout acte par écrit qui* » *est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il* » *représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* ». L'existence d'un commencement de preuve par écrit diminue l'incertitude de la preuve testimoniale et la rend moins suspecte. En effet les dépositions des témoins, quoique insuffisantes pour démontrer la vérité à elles toutes seules, créent toutefois une certaine probabilité, qui, réunie à une autre probabilité, peut faire une preuve suffisante. Le commencement de preuve par écrit rend admissible, non seulement la preuve testimoniale, mais aussi les présomptions simples. Arg. art. 1353. Cass., 27 février 1882, Sir., 84. 1. 223.

Mais qu'est-ce qu'un commencement de preuve par écrit? Sous l'empire des ordonnances, on considérait comme tel tout acte qui rendait vraisemblable le fait allégué. Aujourd'hui la vraisemblance ne suffit pas; l'art. 1347 al. 2 contient une définition précise qui exige d'autres conditions.

Le commencement de preuve par écrit est *tout écrit émané de la partie à qui on l'oppose ou de celui qu'elle représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.* Cette définition renferme trois idées principales, qui résument les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit.

a. — Et d'abord il faut qu'il y ait un *écrit.* D'ailleurs il n'est pas nécessaire, quoique paraisse dire à cet égard l'art. 1347, que cet écrit constitue un *acte,* c'est-à-dire qu'il ait été dressé en vue de constater le fait litigieux. Ainsi une lettre missive n'est pas un acte, et cependant elle peut servir de commencement de preuve par écrit, il en est de même d'une simple note inscrite sur un registre ou une feuille volante non signée. La tradition est en ce sens et notre législateur n'a certainement pas voulu s'en écarter.

b. — L'écrit doit *émaner de la partie,* demanderesse ou défenderesse peu importe, *à laquelle on l'oppose* pour être admis à la preuve testimoniale, ou émaner de celui qu'elle représente. Un écrit émane d'une personne, lorsqu'elle est l'auteur des dispositions et déclarations qu'il renferme, ou qu'elle se les est appropriées par un consentement exprès ou tacite. Il n'est donc pas nécessaire que l'écrit porte la signature de celui contre qui on l'invoque, lorsqu'il est démontré que cet écrit est son œuvre. La loi n'exige même pas qu'il soit rédigé par lui. Ainsi on peut accepter comme commencement de preuve par écrit un procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles (C. pr. art. 325 à 336), un procès-verbal de comparution devant le bureau de conciliation (C. pr. art. 54 *in fine*), ou encore un acte authentique dans lequel a figuré celui à qui on l'oppose, mais qu'il n'a pas signé parce qu'il ne le savait ou ne pouvait.

Par exception, la loi n'exige pas l'accomplissement de cette condition dans certains cas qu'elle détermine. Nous en avons trouvé un exemple dans les art. 1335 et 1336.

c. — La troisième condition requise, c'est que l'écrit *rende vraisemblable le fait allégué.* La question de vraisemblance est laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux. (Cass., 10 décembre 1884, Sir., 85. 1. 128 et 406). On ne peut que citer des exemples. Ainsi je vous réclame 1,000 fr. ; je présente une lettre de vous, par laquelle vous me demandez pareille somme à emprunter; cette lettre rend ma prétention vraisemblable. Ou bien je vous réclame 500 fr. pour prix de marchandises que j'affirme vous avoir livrées, et je produis un billet de vous ainsi conçu : « Je promets de payer à... la somme de 500 fr. pour marchandises qu'il doit me livrer dans le courant de la semaine » (art. 1651).

N° 2. Cas en dehors de la règle.

1276. Il n'y a pas prohibition de la preuve testimoniale, toutes les fois que le défaut d'acte n'est pas imputable à la personne qui invoque cette preuve : ce qui peut arriver soit parce qu'il a été impossible de dresser un acte, soit parce que celui qui avait été dressé a été perdu par cas fortuit ou de force majeure. C'est ce que dit en substance l'art. 1348, ainsi conçu : « *Elles reçoivent encore exception toutes les fois » qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve » littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. — Cette seconde » exception s'applique, — 1° Aux obligations qui naissent des quasi- » contrats et des délits ou quasi-délits; 2° Aux dépôts nécessaires faits en » cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les » voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des » personnes et les circonstances du fait; 3° Aux obligations contractées » en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes » par écrit; — 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait » de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une » force majeure* ».

Cet article est mal rédigé : il présente l'impossibilité de dresser un acte ou de le représenter comme amenant une *exception* aux principes formulés par l'art. 1341. C'est une erreur de terminologie; elle n'avait pas été commise par le rédacteur de l'ordonnance de 1667, qui déclarait seulement ne pas comprendre dans ses injonctions les hypothèses précitées (titre XX, art. 3 et 4). La loi, en ordonnant de dresser un écrit en vue de servir de preuve, suppose manifestement que les parties ont eu le pouvoir de le rédiger; car elle ne peut pas demander l'impossible.

1. *Impossibilité de se procurer une preuve littérale.*

1277. L'art. 1348 déclare la preuve par témoins admissible, tant au-dessus de 150 fr. que contre et outre le contenu aux actes, en matière de quasi-contrats, de délits, de quasi-délits, de dépôts néces-

saires et d'obligations contractées dans des accidents imprévus. Ce sont des applications du principe qu'*à l'impossible nul n'est tenu*. Mais, par cela même que ce sont des applications, on doit les entendre dans le sens du principe, c'est-à-dire que, même dans les cas énumérés par la loi, on ne doit admettre la preuve testimoniale qu'autant qu'il y a eu impossibilité de se procurer une preuve littérale.

Nous allons passer rapidement en revue chacune des hypothèses indiquées par notre article à titre d'exemples.

1° *Quasi-contrats.* — Malgré la généralité de l'expression légale, il n'est pas vrai d'une manière absolue que la preuve par témoins soit toujours admissible en matière de quasi-contrats; elle ne le sera que pour les créances que l'on aura été dans l'impossibilité de faire constater par écrit. Si le maître dont l'affaire a été gérée n'a pu se ménager la preuve littérale des faits accomplis par le gérant, rien n'empêche en général celui-ci de faire constater par écrit les causes de son action en indemnité *(actio negotiorum gestorum contraria)*, par exemple qu'il a payé pour le compte du maître une somme dépassant 150 fr. — La même observation s'applique à celui qui a presté à titre de paiement une somme indue et qui agit en répétition ; il pouvait et partant il devait retirer une quittance.

2° *Délits et quasi-délits.* — En cette matière, l'exception que formule notre article est vraie d'une manière absolue. Nous devons toutefois faire une précision. Il y a des délits ou des quasi-délits qui présupposent l'existence d'un fait juridique, d'un contrat par exemple; telle est la violation d'un dépôt volontaire. Il me sera bien permis de prouver par témoins le fait de la violation, mais non l'existence du contrat de dépôt, parce que je pouvais en retirer une preuve écrite, et pourtant c'est par là que je dois commencer.

3° *Dépôts nécessaires.* — Le dépôt est nécessaire lorsque le déposant a été forcé de le faire par une nécessité pressante et pour soustraire la chose qui en forme l'objet à une perte imminente, par exemple au cas d'incendie, de ruine, de pillage, de naufrage (art. 1949). C'est le *depositum miserabile* du droit romain. Les circonstances, qui provoquent ce dépôt, ne laissent pas au déposant le loisir de se procurer un acte destiné à le constater. — L'art. 1348-2° assimile aux dépôts nécessaires ceux faits par les voyageurs dans les hôtelleries. Pourtant ici l'impossibilité n'est pas matérielle; mais la loi se contente d'une impossibilité morale. Le grand nombre des dépôts qui sont ainsi effectués eût rendu trop difficile et trop onéreuse leur constatation par écrit.

4° *Obligations contractées en cas d'accidents imprévus qui n'ont pas permis de rédiger un acte écrit.* Par exemple, si dans une déroute je fais un prêt à un ami.

2. *Perte du titre par un cas fortuit ou de force majeure.*

1278. La prohibition de la preuve testimoniale cesse pareillement d'exister dans cette hypothèse, où la partie qui l'invoque est exempte de toute faute. Elle avait obéi à la prescription de la loi en rédigeant un acte; et, si elle se trouve actuellement dans l'impossibilité de le produire, c'est par l'effet de circonstances qu'elle n'a pu conjurer.

Mais, avant d'être admise à prouver par témoins le fait juridique dont elle poursuit l'exécution, elle sera tenue de justifier qu'elle se trouve dans le cas prévu par l'art. 1348-4°. Cette preuve préalable, qu'elle pourra administrer par toute espèce de moyens, devra porter,

non seulement sur le cas fortuit ou de force majeure, mais encore sur l'existence antérieure de l'acte instrumentaire et sa perte par suite de cet événement.

SECTION III

DES PRÉSOMPTIONS

1279. « *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le ma-* » *gistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* » (art. 1349).

La présomption consiste donc à tirer une conséquence d'un fait démontré, c'est-à-dire qu'elle est une induction. On appelle aussi présomption le jugement porté par la loi ou le magistrat sur la vérité du fait inconnu au moyen de l'induction qu'on tire du fait connu. Un exemple fera mieux comprendre ces définitions. La loi présume que le créancier a été payé, ou qu'il a renoncé au droit de l'être, lorsqu'il a remis volontairement au débiteur son titre original sous signature privée (art. 1282). Le fait connu, c'est l'abandon volontaire par le créancier du titre constatant sa créance; le fait inconnu, c'est la libération du débiteur. Cela posé, comme ordinairement le créancier ne remet son billet au débiteur que lorsqu'il a été payé ou lorsqu'il renonce au droit de l'être, il est logique d'en tirer cette conséquence que le débiteur qui est en possession du titre a été libéré par l'effet soit d'un paiement, soit d'une remise de dette. Eh bien ! ce raisonnement, ou, si l'on veut, le jugement de l'esprit qui en résulte, constitue ce qu'on nomme une *présomption*.

A ce point de vue, toutes les preuves semblent être des présomptions; car toutes reposent sur un fait constant, d'où l'on induit la vérité du fait contesté. Ainsi, dans la preuve littérale, il y a un fait connu, l'écrit sur lequel l'esprit s'appuie pour en induire la vérité d'un fait inconnu, celui qui est litigieux. Quelle différence y a-t-il donc entre la présomption et les autres moyens de preuve ? Dans ceux-ci, le raisonnement par voie d'induction est tellement rapide et spontané qu'il échappe en quelque sorte à la perception. Ce phénomène intellectuel est surtout apparent dans l'aveu et dans la preuve littérale. On dit pour cette raison que la preuve qui en découle est *directe*. Au contraire, dans la présomption, le travail de l'induction est très sensible et facile à percevoir, et c'est pour cela qu'il en constitue l'élément prédominant et constitutif. — Si, dans la présomption, le raisonnement est plus long et plus pénible, il est aussi moins sûr. Les autres moyens de preuve font naître la *certitude morale,* simplement morale, parce qu'il est évident que dans les matières juridiques on n'arrive jamais à cette certitude absolue que donnent les expériences dans les sciences physiques et les calculs dans les mathématiques. La conviction, que la présomption communique à l'esprit, est moins forte : elle engendre une simple *probabilité* fondée sur ce qui arrive ordinairement. « *Præsumptio sumitur,* dit Cujas, *ex eo quod plerumque fit* ».

Le code divise les présomptions en *présomptions établies par la loi* et en *présomptions qui ne sont pas établies par la loi,* suivant que l'induction est tirée par la loi elle-même ou par le juge. Cette division correspond à celle de Pothier en *présomptions de droit* et en *présomptions simples* (n. 840).

§ I. *Des présomptions établies par la loi.*

N° 1. Définition.

1280. L'art. 1350 al. 1 en donne cette définition : « *La présomption* » *légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou* » *à certains faits* ».

Ces termes restrictifs indiquent qu'il n'y a de présomption légale qu'en vertu d'une disposition particulière de la loi, et qu'elle ne peut s'induire que du fait spécialement déterminé par cette disposition. De là il suit que les présomptions légales ont pour caractère essentiel d'être *de droit strict.* On ne peut ni pour cause d'identité de motif, ni même en vertu d'un argument *a fortiori,* les étendre à des cas non prévus par la loi.

Après les avoir définies, le législateur en cite quelques exemples : « *Tels sont* », ajoute l'art. 1350 :

1° « *Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dis-* « *positions, d'après leur seule qualité* ». Ainsi l'art. 911, après avoir déclaré nulle toute donation faite au profit d'un incapable, frappe de la même nullité celle qui est faite à certains parents qu'elle répute personnes interposées. C'est une présomption, puisque, de ce fait connu que la disposition est faite à tel parent, on induit cet autre fait, inconnu celui-là, qu'elle s'adresse en réalité à l'incapable lui-même; et c'est en outre une présomption légale, puisque c'est la loi qui tire cette conséquence (v. encore art. 918, 1100).

2° *Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de* « *certaines circonstances déterminées* ». Ainsi la prescription acquisitive est fondée sur une présomption de propriété, que la loi tire d'une possession prolongée; de même la prescription libératoire est fondée sur une présomption de libération, que la loi induit du silence gardé par le créancier pendant un temps déterminé (art. 2219). — V. aussi art. 1282 et 1283, 1402, 1908.

3° « *L'autorité que la loi attribue à la chose jugée* ». Cette présomption légale, à cause de son importance, sera l'objet d'une étude spéciale.

4° « *La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment* ». Cette disposition finale de l'art. 1350 est le résultat d'une inadvertance du législateur : l'aveu et le serment ne sont pas de simples présomptions légales, mais de véritables preuves, au même titre que la preuve littérale ou celle par témoins; l'art. 1316 le reconnaît formellement.

N° 2. Force probante des présomptions légales.

1281. *La présomption légale,* dit l'art. 1352 al. 1, *dispense de* » *toute preuve celui au profit duquel elle existe.* La présomption légale tient lieu de toute preuve, parce qu'elle constitue elle-même une preuve. C'est de là que viendrait, selon Alciat, l'étymologie du mot *présomption* (de *præ sumere*) : « SUMIT *pro vero* PRÆ, *id est antequam aliunde probetur* ». La présomption fait PRENDRE en effet une chose *pour vraie,* AVANT *qu'on en tire la preuve* d'une autre source.

Mais, bien entendu, la personne, qui fait appel à une présomption légale, devra prouver que toutes les conditions, exigées par la loi pour l'existence de cette pré-

somption, se trouvent réunies. Ainsi, quand j'invoque la prescription acquisitive ou la prescription libératoire, c'est à moi de prouver que j'ai possédé la chose revendiquée pendant le temps voulu, ou qu'il s'est écoulé un temps suffisant depuis que ma dette a pris naissance; de même, si j'invoque la présomption résultant de l'autorité de la chose jugée, je dois établir qu'il y a chose jugée. Ce n'est là du reste que l'application du droit commun : tout plaideur doit justifier de l'exactitude des faits qu'il avance à l'appui de sa demande ou de son exception.

1282. Les présomptions légales font preuve, mais jusqu'à quel degré? Est-il permis de démontrer, dans le cas particulier soumis au juge, l'inexactitude du raisonnement consacré par la loi; en d'autres termes, peut-on combattre les présomptions légales par la preuve contraire? Il y a des présomptions qui admettent la preuve contraire, et d'autres qui ne l'admettent pas : les premières s'appellent *juris tantum,* les secondes *juris et de jure.* L'usage a accepté ces expressions un peu barbares, qui paraissent venir de la pratique du XVIe siècle et dont il est impossible de donner une traduction littérale. Quoi qu'il en soit, la distinction présentée résulte implicitement de l'art. 1352 al. 2 : « *Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lors-* » *que, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou* » *dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve con-* » *traire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires* ». Ainsi la loi se borne à indiquer les présomptions légales qui ont une force probante absolue. Cette énumération est limitative; car en principe la preuve contraire est de droit (cpr. art. 256 C. pr.). Il faut en conclure que toutes les autres présomptions légales admettent la preuve contraire, laquelle pourra être administrée à l'aide de tous les moyens organisés par le droit commun.

Puisque les présomptions *juris tantum* constituent la règle, il nous suffira de parler des présomptions *juris et de jure.*

Elles existent dans deux cas :

1° *Quand, sur le fondement de la présomption, la loi annule certains actes.* Les actes ou faits juridiques dont il est ici question, sont ceux « que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dis- » positions, d'après leur seule qualité (art. 1350-1°);

2° *Quand, sur le fondement de la présomption, la loi dénie l'action en justice.* Jamais la loi ne dénie, à proprement parler, l'action en justice; il est toujours permis d'intenter une action devant les tribunaux. L'art. 1352 fait allusion au cas où le défendeur a le droit d'opposer une fin de non-recevoir, qui fait tomber la demande sans que le juge ait à examiner le fond de la prétention. On peut citer, à titre d'exemples, la présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée, et celles résultant de la prescription, ou de la remise volontaire du titre original sous signature privée, faite par le créancier au débiteur (art. 1282).

Voilà les seules hypothèses, dans lesquelles la preuve qui s'induit des présomptions légales ne peut être détruite par la preuve contraire.

1283. Cette force probante absolue reçoit exception dans deux cas, qui sont un retour à la règle.

a. — *Lorsque la loi a réservé expressément la preuve contraire.* On ne trouve aucun exemple d'une pareille réserve en ce qui concerne les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes. Quant à celles sur le fondement desquelles la loi refuse l'action en justice, on ne cite, dans le droit relatif au patrimoine, que l'exemple emprunté à l'art. 1283 (v. *supra* n. 1099).

b. — Les présomptions *juris et de jure,* contre lesquelles la loi n'a pas réservé la preuve contraire, sont renversées par la preuve résultant de l'*aveu* de celui en faveur duquel la présomption existe ou du *serment litis-décisoire.* Ainsi je suppose que ma situation soit protégée par une présomption *juris et de jure,* contre laquelle la loi n'a nulle part réservé la preuve contraire. Vous aurez cependant deux moyens de démontrer la fausseté de la présomption légale : en provoquant mon aveu d'abord, ou en me déférant le serment litis-décisoire, si du moins je refuse de le prêter. Tel est le sens que nous attribuons à ces expressions un peu obscures de l'art. 1352 *in fine* : « *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.* Solution d'ailleurs fort rationnelle. Ces deux modes de preuve sont bien de nature à détruire l'effet d'une présomption légale, même quand elle est douée d'une force probante absolue; car c'est la personne même en faveur de laquelle elle milite, qui la proclame inexacte par l'aveu exprès du droit de son adversaire ou par l'aveu tacite résultant de son refus de prêter serment.

Il y a cependant une restriction nécessaire à cette preuve supérieure qui découle de l'aveu et du serment : elle reste inefficace contre les présomptions légales basées sur l'ordre public. Telle est la présomption attachée à l'autorité de la chose jugée.

C'est d'elle que nous allons nous occuper maintenant.

N° 3. De la présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée.

1284. La présomption qui va nous occuper est consacrée par l'art. 1350-3°, et exprimée dans une forme classique par l'ancien adage *Res judicata pro veritate habetur.* Remarquons que l'adage ne dit pas : *Res judicata veritas est.* Il se peut en effet qu'une décision judiciaire soit en fait contraire à la vérité : le juge n'est pas à l'abri des erreurs ni même des prévarications. Mais de pareilles sentences constitueront une rare exception, grâce aux garanties de savoir et d'impartialité qu'offrent nos magistrats et à l'établissement des voies légales de recours. Presque toujours la sentence du juge sera donc l'expression de la vérité. La loi élève cette probabilité à la hauteur d'une présomption, et d'une présomption qui n'admet pas la preuve contraire, d'une présomption *juris et de jure.* En effet l'art. 1352 al. 2 dit que « Nulle » preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le » fondement de cette présomption, elle... *dénie l'action en justice* ». Or telle est précisément la présomption *Res judicata pro veritate habetur;* car, sur le fondement de cette présomption, la loi dénie l'action en justice au plaideur qui veut remettre en question ce qui a déjà été

jugé. Elle la lui dénie en ce sens que, s'il attaque désormais, pour le même objet, son adversaire qui a obtenu gain de cause, il suffira à celui-ci, pour triompher dans ce nouveau débat, d'invoquer l'autorité de la *chose jugée,* c'est-à-dire de la décision judiciaire qui a déjà tranché le litige, d'opposer l'exception *rei judicatæ :* ce qui dispensera le juge d'examiner le fond du débat. L'office du juge de la nouvelle action sera de rechercher, non pas si la prétention que le demandeur soulève est ou n'est pas fondée, mais si elle a ou non été tranchée par un jugement antérieur, *an judicatum sit necne,* et dans le cas de l'affirmative il devra repousser l'action. Il fallait bien qu'il en fût ainsi; autrement les procès n'auraient pas eu de fin, puisque ce qui a déjà été jugé aurait pu être remis perpétuellement en question : ce qui eût été une occasion permanente de trouble dans la société, et par suite une atteinte à l'ordre public. L'autorité que la loi attache à la chose jugée offre encore l'avantage de prévenir le scandale qui résulterait de la contrariété de plusieurs décisions judiciaires relatives à un même litige : rien ne serait plus propre à affaiblir le respect dû à la justice. Elle aura sans doute pour effet, dans quelques cas isolés, de consommer une iniquité, car les juges ne sont pas infaillibles; mais l'intérêt privé doit se taire devant l'intérêt général. *Singulis controversiis,* dit le jurisconsulte Paul, *singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur* (l. 6, D., *De except. rei jud.* XLIV, 2).

1. *Des jugements auxquels s'attache l'autorité de la chose jugée.*

1285. Deux conditions sont requises pour que l'autorité de la chose jugée s'attache à un jugement.

1° Il faut qu'il émane de la *juridiction contentieuse,* en d'autres termes qu'il tranche un différend. L'autorité de a chose jugée n'appartient pas aux jugements qui émanent de la juridiction gracieuse, tels que ceux qui admettent des adoptions, qui homologuent soit des partages, soit des avis du conseil de famille, qui prononcent une adjudication dans une vente judiciaire. Ces décisions n'ont du jugement que l'apparence ; elles ont plutôt la valeur de simples actes.

2° Il faut que le jugement soit *définitif* (Cass., 31 mars 1885, Sir., 85. 1. 296). L'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux jugements *avant dire droit,* c'est-à-dire aux jugements préparatoires, provisoires ou interlocutoires. — D'ailleurs il suffit que le jugement soit définitif; il n'est pas nécessaire qu'il se trouve à l'abri de tout recours, soit ordinaire, tel que l'opposition ou l'appel, soit extraordinaire, comme le recours en cassation. Le jugement définitif jouit, dès qu'il est rendu, d'une *autorité provisoire,* qu'il ne perd qu'au moment où il est frappé d'un recours ordinaire, et qu'il conserve même après le recours formé s'il s'agit d'un pourvoi en cassation. Quand un jugement n'est plus susceptible d'être attaqué par aucune voie de recours, on dit qu'il a acquis l'*autorité de la chose irrévocablement jugée.*

1286. Il nous reste à présenter une observation importante : c'est que l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas à toutes les parties d'un jugement. *Nec vox omnis*

judicis judicati continet auctoritatem, dit une constitution de Dioclétien (l. 7, C., *De sent. et interl.*, VII, 45). Il est de principe que le *dispositif* seul a force de chose jugée. Par conséquent cette force n'appartient ni aux *qualités* ni aux *motifs*. Mais, si ces parties du jugement ne forment pas chose jugée, elles peuvent cependant et elles doivent même être prises en considération pour interpréter le dispositif ou en déterminer l'étendue. Ainsi un jugement n'a d'effets que dans les rapports réciproques des personnes qui ont été parties dans l'instance : c'est la lecture des qualités qui permettra de bien préciser quelles sont les parties en cause. D'un autre côté, l'autorité de la chose jugée est restreinte aux seuls points qui font l'objet des conclusions déposées par les parties ; au delà de cette limite le juge est sans mission, et s'il la dépasse, il commet un excès de pouvoir. *Tantum judicatum, quantum litigatum.* Pour vérifier jusqu'où peuvent s'étendre les effets d'un jugement, il faut donc contrôler le dispositif par les conclusions, qui sont aussi reproduites dans les qualités (C. pr. art. 141).

Bien plus, l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas à toutes les parties du dispositif, mais seulement aux points qui s'y trouvent *décidés*. Elle n'existe pas à l'égard de ce qui est simplement indiqué sous forme d'*énonciations*. Un jugement par exemple, qui, sur la demande du créancier, condamne un débiteur à payer des intérêts dont le capital se trouve énoncé, n'a pas force de chose jugée quant au montant du capital, parce que cette question n'a pas été agitée devant le juge. — Comparez ce que nous avons dit sur les énonciations contenues dans les actes, *supra* n. 1188.

2. *Conditions de l'autorité de la chose jugée.*

1287. Trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait autorité de la chose jugée. Elles sont énumérées par l'art. 1351 : « *L'autorité de la » chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. » Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fon- » dée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, » et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

Ce texte n'est que la reproduction de la doctrine romaine : *Quum quæritur hæc exceptio (rei judicatæ) noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit ; — quantitas eadem, idem jus ; — et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum : quæ nisi omnia concurrant, alia res est* (l. 12, 13, 14, D., *De except. rei jud.*, XLIV, 2).

1288. Première condition. *Identité d'objet.* « Il faut que la chose » demandée soit la même », dit la loi. L'objet d'une demande, c'est le bénéfice juridique immédiat que l'on se propose d'obtenir en la formant : c'est purement et simplement le droit dont on poursuit l'exécution ; l'ajournement doit en contenir l'indication à peine de nullité (C. pr. art. 61).

Pour qu'on puisse invoquer avec fruit la présomption tirée de l'autorité de la chose jugée, il faut que la seconde action soit exercée en vue de faire reconnaître le même droit que celui sur lequel a statué une précédente décision judiciaire. Ainsi, quand il a été jugé que je ne suis pas propriétaire de la maison A, il est évident que ce jugement ne s'oppose nullement à ce que je revendique la maison B contre la même

personne ; la distinction des droits réclamés résulte nécessairement de la différence des choses qui en sont l'objet. De même, supposons que j'aie réclamé la propriété d'un immeuble, et que ma demande ait été repoussée ; si je viens vous réclamer sur le même immeuble un droit d'usufruit, vous ne pourrez pas m'opposer l'autorité de la chose jugée. Ou bien j'ai succombé dans une action qui avait simplement pour objet le paiement des intérêts d'une créance ; le jugement rendu contre moi ne mettra aucun obstacle à ce que je demande plus tard le remboursement du capital. Enfin, lorsqu'il a été jugé que je n'avais pas sur un fonds un droit de passage, je suis fondé à réclamer sur le même fonds toute autre servitude.

Voici au contraire des hypothèses dans lesquelles la condition de l'identité d'objet se trouvera réalisée. Je vous ai demandé en justice une somme de 10,000 fr., comme formant la portion échue d'une créance de 20,000 que je prétends avoir contre vous, et ma demande a été repoussée par un jugement qui me dénie la qualité de créancier ; je ne pourrai pas vous réclamer par une action nouvelle le reliquat de ma prétendue créance. De même, si j'ai succombé dans la revendication d'un troupeau, je ne serai plus fondé à me dire propriétaire du même troupeau, bien qu'il soit aujourd'hui composé de nouvelles têtes. Dans les deux cas, le bénéfice immédiat de mon action est la reconnaissance d'un droit de créance ou de propriété qu'un jugement précédent a déclaré ne pas m'appartenir.

Pour résoudre les difficultés que soulève cette première condition, la règle à suivre est celle-ci : la seconde demande devra être rejetée, toutes les fois qu'elle tend *par son objet* à mettre le juge dans l'alternative, ou de se contredire, ou de confirmer purement et simplement la sentence qu'il a déjà rendue.

1289. Deuxième condition. *Identité de cause.* Il faut, dit la loi, « que » la demande soit fondée sur la même cause ». C'est l'*eadem causa petendi* des jurisconsultes romains.

La cause d'une demande est le fait juridique qui constitue le fondement légal du bénéfice ou du droit, objet de la demande. C'est le principe générateur du droit prétendu, réel ou personnel peu importe, sa cause efficiente, l'*origo petitionis,* suivant l'expression d'Ulpien (l. 11, § 4, D., *De except. rei jud.,* XLIV, 2). J'ai revendiqué contre vous un immeuble, en fondant ma prétention sur ce qu'il m'a été *vendu;* un jugement rejette ma demande, par le motif que la *vente* est nulle comme ayant été consentie *a non domino.* Plus tard je revendique le même immeuble contre la même personne en alléguant que j'en suis propriétaire en vertu d'un *legs* ou d'une *donation;* ma nouvelle demande ne pourra pas être repoussée par l'exception *rei judicatæ.* Pareille-

ment la cause d'une action personnelle est le fait juridique qui a engendré l'obligation dont le créancier poursuit l'exécution. Ainsi, quand je vous demande le paiement d'une somme de 10,000 fr. comme vous l'ayant *prêtée,* je pourrai, si je succombe, venir plus tard vous réclamer la même somme en alléguant un nouveau titre, par exemple en soutenant que vous me la devez comme *prix de vente.* Bien plus, la présomption dérivant de la chose jugée n'existerait pas, alors même que la seconde action serait fondée sur un fait juridique de même nature que celui qui servait de base à la première, s'il résulte des conclusions du demandeur que ce fait ne s'est produit que depuis le jugement. C'est la *causa superveniens* des anciens interprètes ; il ne suffit pas en effet que la cause de la nouvelle action soit semblable, il faut qu'elle soit la même.

* Pour juger s'il y a identité de cause, on ne doit pas s'attacher, selon nous, à cette distinction métaphysique de la cause immédiate et de la cause médiate, *causa proxima actionis, causa remota,* et dire que cette condition n'est réalisée qu'autant que l'identité porte sur la cause immédiate des deux actions. L'autorité de la chose jugée cesse d'exister, dès que la seconde demande est fondée sur une cause différente, ne pût-on la considérer que comme une cause médiate au point de vue juridique. Nous allons éclaircir ces propositions par quelques exemples. Je demande la nullité d'un testament pour vice de forme, provenant de la minorité de l'un des témoins instrumentaires. L'objet de ma demande est évidemment la nullité de l'acte. Maintenant quelle en est la cause? C'est, d'une manière directe et immédiate, le vice de forme; mais cette cause a elle-même une cause, la minorité du témoin : c'est la cause seconde. Si mon action est rejetée, pourrai-je demander la nullité du même testament pour un autre vice de forme, en me fondant par exemple sur ce qu'un témoin n'était pas français? La cause immédiate est la même, toujours le vice de forme; mais la cause seconde a changé, c'est maintenant la qualité d'étranger chez l'un des témoins. Nous croyons que la présomption résultant de la chose jugée ne peut pas être invoquée contre la nouvelle demande. — Autre exemple. J'ai intenté une action en nullité d'une convention à laquelle j'ai figuré, en me fondant sur ce que mon consentement a été surpris par dol. La cause immédiate, c'est un vice du consentement ; mais il a lui-même une cause, le dol. Si mon action de dol est repoussée, pourrai-je demander la nullité de la même convention en alléguant que mon consentement a été extorqué par violence? Pourquoi non, puisque tout le monde admet que je puis former une demande en nullité du même contrat pour cause d'incapacité. On répond que, l'incapacité étant, d'après la théorie du code civil, une cause de nullité distincte des vices du consentement, la cause immédiate de l'action n'est plus la même. Mais cette distinction purement théorique n'est pas moins contraire au texte de l'art. 1351, qui parle de la cause en général, qu'au principe fondamental de la matière. L'autorité de la chose jugée ne met obstacle à une nouvelle instance qu'autant qu'elle porte exactement sur ce qui a été décidé par un précédent jugement. Donc, au point de vue de la condition qui nous occupe, il faut qu'elle soit fondée sur la cause même qui a fait l'objet des conclusions des parties et sur laquelle le juge a statué après débat. Or, dans les espèces que nous avons présentées tout à l'heure, le juge n'avait pas statué sur tous les vices de forme dont le testament pouvait être entaché, ou sur tous les vices de consentement dont la convention pouvait être atteinte, mais seulement sur le vice particulier que les parties avaient soumis à son

examen. Donc rien ne s'oppose à ce qu'il vérifie, dans un second procès, l'existence d'un autre vice, c'est-à-dire d'une autre cause de nullité. Le nouveau jugement ne peut ni contredire ni confirmer le premier.

1290. Il importe ne pas confondre la cause d'une demande avec les moyens que l'on fait valoir pour la soutenir. Les moyens sont les preuves et les arguments, à l'aide desquels on s'efforce d'établir l'existence du fait juridique qui sert de fondement à l'action. On peut faire valoir plusieurs espèces de moyens à l'appui de la même prétention. L'art. 1351 ne parlant que de la cause, il faut en conclure que la loi, au point de vue de l'autorité de la chose jugée, ne tient aucun compte de la différence des moyens. Une demande, fondée sur la même cause, doit donc être rejetée, bien que soutenue par des moyens nouveaux. Ainsi, lorsqu'on a actionné une personne en paiement d'une somme prêtée, et qu'on a vainement essayé de prouver par témoins l'existence du prêt, on n'est pas recevable à demander une seconde fois le remboursement du même prêt en offrant de l'établir à l'aide d'un écrit. Il en est de même des arguments de fait ou de droit; leur omission n'autorise jamais une nouvelle demande. Le nombre des moyens qu'un plaideur peut alléguer pour le gain de son procès est, on le conçoit, indéfini, et jamais il n'y aurait chose jugée, si la nouveauté des moyens y mettait obstacle; d'ailleurs il y aura presque toujours une faute à reprocher à la partie, qui, avant le débat, n'aura pas réuni toutes ses preuves ou recherché tous ses arguments. Cpr. art. 480-10° C. pr.

1291. Troisième condition. *Identité de personnes.* « Il faut que la » demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre » elles en la même qualité », dit l'art. 1351, *in fine.*

Quand les deux premières conditions, l'identité d'objet et l'identité de cause, se trouvent réunies, on peut dire alors que la question soulevée par le nouveau procès est la même que celle qui a été décidée par le juge dans le premier; il y a *eadem quæstio* (l. 3, D., *De except. rei jud.*, XLIV, 2). Mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait autorité de la chose jugée, il faut que la même question soit soulevée *entre les mêmes parties.* Par exemple je prétends avoir une créance hypothécaire de 20,000 fr. contre une personne décédée qui a laissé deux héritiers, *Primus* et *Secundus;* j'ai poursuivi hypothécairement *Primus* en paiement de cette somme de 20,000 fr., et mon action a été rejetée; il a été jugé entre *Primus* et moi que ma prétendue créance hypothécaire n'existe pas. Je conserve la faculté d'actionner *Secundus,* toujours en paiement de la même créance, sans qu'il puisse m'opposer la présomption légale dérivant de la chose jugée. La demande a bien le même objet et la même cause; mais elle n'est pas formée entre les mêmes parties (Pothier, n. 906).

L'autorité de la chose jugée est donc toute *relative,* et à ce point de vue elle se rapproche des conventions. Les effets des jugements sont bornés aux parties en cause, de même que les effets des conventions se limitent aux parties contractantes (art. 1165). *Res inter alios acta* VEL JUDICATA *aliis nec nocere nec prodesse potest.*

On ne doit considérer que l'identité *juridique* des personnes, et nullement leur identité physique. Il faut, en d'autres termes, que le second procès s'agite entre les mêmes personnes juridiques que le premier. Or les personnes juridiques peuvent être les mêmes, quoique les personnes physiques soient différentes. Ainsi l'héritier est la même personne juridique que son auteur ; le mandataire, qui agit comme tel, emprunte la personne juridique du mandant. Les jurisconsultes romains avaient traduit cette idée dans cette expression : *eadem conditio personarum.*

1292. Pour que les personnes soient juridiquement les mêmes, il est nécessaire :

1° Que les parties, entre lesquelles la nouvelle instance est engagée, aient *personnellement figuré* dans la première, ou que tout au moins elles y aient été *représentées.*

Quelles sont les personnes qui, bien que ne figurant pas personnellement dans la première instance, y ont été représentées ?

Ce sont d'abord les ayant cause de ceux qui y ont figuré, absolument comme en matière de conventions. Or nous avons exposé la théorie des ayant cause à propos de la date certaine dans les actes sous seing privé, et nous ne croyons pas utile d'y revenir (v. *supra* n.n. 1219 à 1221). Il suffira d'en résumer les conséquences pratiques au point de vue de l'autorité de la chose jugée. — Le jugement, rendu pour ou contre une personne, est censé avoir été rendu, quelle que soit sa date, pour ou contre ses ayant cause à titre universel : héritiers, successeurs irréguliers, légataires ou donataires universels ou à titre universel, créanciers chirographaires. Quant aux ayant cause à titre particulier, le jugement rendu pour ou contre leur auteur ne leur est opposable qu'autant qu'il est antérieur à l'acquisition du droit déterminé qui leur est transmis.

Il y a encore les personnes qui ont été représentées dans l'instance par un mandataire. *Qui mandat ipse fecisse videtur.* Le principe s'applique, non seulement au mandat conventionnel, mais encore au mandat légal et au mandat judiciaire. Ainsi un jugement aura l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un mineur, lorsqu'il aura été rendu pour ou contre son tuteur agissant comme tel. Il en est de même du jugement rendu pour ou contre le mari, qui agissait dans l'instance comme administrateur des biens de sa femme dans la limite de ses pou-

voirs. Les créanciers d'une faillite sont également représentés par le syndic, leur mandataire judiciaire.

2° Que les parties procèdent *en la même qualité.*

Ainsi, lorsqu'une personne a agi dans une précédente instance comme mandataire, le jugement rendu contre elle en cette qualité ne s'opposera pas à ce qu'elle forme de nouveau la même demande en son nom personnel et pour son propre compte. Mais, à l'inverse, le mandant ne le pourrait pas, parce qu'ainsi que nous venons de le dire, il est réputé en droit avoir figuré lui-même dans l'instance.

§ II. *Des présomptions qui ne sont point établies par la loi.*

1293. Ces présomptions qu'on appelle aussi *présomptions de fait* ou *de l'homme,* par opposition aux présomptions de droit ou légales, sont des conséquences que le *magistrat* tire de faits connus pour en induire la vérité d'un fait contesté (art. 1349).

L'art. 1353 indique les cas dans lesquels il est permis de recourir à ce mode de preuve : « *Les présomptions qui ne sont point établies par* » *la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat,* » *qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concor-* » *dantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimo-* » *niales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de* » *dol* ».

Ainsi deux conditions sont nécessaires :

1° *Le juge ne doit admettre les présomptions de fait que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale.* C'est là une règle de droit, dont la violation donnerait ouverture à cassation. Cette corrélation étroite, que le législateur établit ainsi entre la preuve par témoins et celle par simples présomptions de l'homme, était le complément indispensable des règles qui restreignent l'usage de la preuve testimoniale. Si le juge avait été autorisé d'une manière indéfinie à puiser sa conviction dans de simples présomptions, les particuliers, comptant sur ce moyen de preuve qui présente beaucoup d'analogie avec le témoignage oral, se seraient souvent crus dispensés de passer acte de leurs opérations juridiques au-dessus de 150 fr., et le nombre des contestations sans preuves décisives se serait ainsi multiplié contre le vœu de la loi.

Après avoir dit que le juge ne peut admettre les présomptions simples que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, l'art. 1353 ajoute *in fine :* « à moins » que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ». Tous les interprètes s'accordent à dire que ces mots doivent être supprimés comme inutiles et inexacts. Combinés avec l'ensemble de l'article, ils signifieraient que, bien que la preuve testimoniale ne soit pas reçue pour prouver le dol ou la fraude, les simples présomptions de l'homme peuvent servir à l'établir. Or une pareille proposition est inadmissible : la preuve testimoniale étant recevable, aux termes bien formels de l'art. 1348, quand

on a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, il est bien évident que le dol et la fraude peuvent se prouver par témoins. La fin de notre disposition ne peut être attribuée qu'à une distraction du législateur. Cpr. Cass., 21 février 1883, Sir., 84. 1. 70.

2° *Le juge ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes.*

Graves, c'est-à-dire résultant d'une forte probabilité et assez pressantes pour déterminer la persuasion.

Précises : il faut que le fait contesté se lie directement au fait connu.

Concordantes, c'est-à-dire non contradictoires, quand il y en a plusieurs. Il ne faut pas conclure de là qu'une seule présomption ne puisse jamais suffire. Les présomptions, comme les témoignages, se pèsent et ne se comptent pas; le droit moderne a rejeté le vieil adage *Testis unus, testis nullus.*

L'appréciation de la valeur des présomptions dépend exclusivement de la conscience du juge, et le précepte de la loi n'a que la valeur d'un simple conseil. Le point de savoir si les présomptions qu'il a admises sont graves, précises et concordantes est une question de fait qui ne peut donner ouverture à cassation.

SECTION IV

DE L'AVEU DE LA PARTIE

1294. Si on prend le mot *preuve* dans son acception large et philosophique, qui embrasse les divers moyens employés pour persuader l'esprit d'une vérité, il n'est pas douteux que l'aveu soit une preuve. C'est même la preuve par excellence. *Confessio,* disait Menochius, *omnium probationum maxima est.* Il ne faut donc voir qu'un jeu de mots dans cette opinion, émise par quelques auteurs anciens, que l'aveu n'est pas une preuve, puisqu'il dispense de toute preuve la personne au profit de laquelle il est fait. Elle aurait pour conséquence directe la négation de toutes les preuves. Est-ce qu'un acte instrumentaire, une présomption légale ne dispensent pas aussi ceux au profit desquels ils existent de l'obligation de prouver?

Au point de vue juridique, l'aveu a la même nature. L'art. 1316 le cite parmi les divers moyens dont la loi autorise l'emploi pour arriver à constater la vérité d'un fait. Il constitue même à ce point de vue une preuve spéciale, distincte de toute autre, et notamment de la présomption, malgré l'incertitude qui peut résulter du texte de l'art. 1350-4° (v. *supra* n. 1280). Cette autonomie de l'aveu est mise en pleine lumière par la méthode que le code a suivie dans la matière des preuves : il divise en sections le chapitre qu'il leur consacre, et il accorde à l'aveu une section spéciale, comme à la preuve littérale, à la preuve par témoins et aux présomptions.

N° 1. Notion de l'aveu.

1295. Dans une acception générale, l'aveu est toute reconnaissance, faite par une personne, de la vérité d'une allégation quelconque dirigée contre elle. Mais la loi prend ce mot dans un sens plus spécial; à ce point de vue, on a défini l'aveu très exactement : *une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.*

L'aveu est une *déclaration*. D'où il suit que le silence, gardé par l'une des parties sur un fait allégué par l'autre, ne constitue pas en général un aveu. Toutefois il pourrait être interprété en ce sens, si la partie était interpellée par le juge dans un interrogatoire sur faits et articles ou dans une comparution (C. pr. art. 330).

La déclaration doit porter sur un *fait*. Donc il ne faudrait pas voir un aveu dans la déclaration par laquelle un plaideur reconnaît que la question de droit doit se résoudre de telle ou telle manière. Il n'a pu qu'émettre son opinion sur le sens de la loi ; car la mission de l'interpréter en vue de l'appliquer n'appartient pas aux simples particuliers, mais à un pouvoir légalement constitué dans ce but, le pouvoir judiciaire.

La déclaration doit avoir été faite par la partie *avec l'intention de fournir du fait avoué une preuve qui puisse lui être opposée*. Ainsi on ne peut pas considérer comme aveux les déclarations qu'elle a émises à l'appui de sa demande ou de son exception. Ce sont des moyens de défense, et, par leur nature même, elles sont exclusives de la volonté chez celui qui les fait qu'on les invoque contre lui-même.

L'aveu est *un acte unilatéral* qui ne requiert pour exister que la volonté de la partie dont il émane. Par conséquent, l'acceptation de celui au profit duquel il est fait n'est pas une condition de son efficacité ; il tire toute sa force de la présomption de vérité qui y est attachée.

1296. « *L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou* » *judiciaire* », dit l'art. 1354.

L'aveu extrajudiciaire (de *extra judicium*, en dehors d'une instance) est celui qui est fait hors de la présence du juge.

« *L'aveu judiciaire,* dit l'art. 1356 al. 1, *est la déclaration que fait* » *en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial* ».

L'existence de l'aveu judiciaire est subordonnée à deux conditions, qui en sont comme les éléments constitutifs. Tout aveu dans lequel elles ne se rencontrent pas, doit être considéré comme extrajudiciaire.

a. — L'aveu judiciaire est fait *dans une instance*, quelle que soit du reste sa forme. Il peut être oral, c'est-à-dire proféré spontanément à l'audience, ou provoqué par l'interrogatoire du juge ; il peut aussi être écrit, c'est-à-dire consigné dans un acte de procédure signifié dans le cours de l'instance.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° L'aveu fait au bureau de conciliation n'est pas un aveu judiciaire, parce que le préliminaire de conciliation précède l'instance et n'en fait pas partie. On a objecté qu'un tel aveu, par suite du caractère du magistrat, présente les mêmes garanties que celui qui est fait en justice. Mais il n'en résulte pas qu'il ait été fait dans une instance ; l'objection tend seulement à faire reconnaître à un aveu intervenu dans ces circonstances une force probante plus considérable.

2° Une déclaration faite dans une lettre n'est qu'un aveu extrajudiciaire, alors même qu'elle serait écrite pendant la durée du procès par une partie à l'autre. Il ne suffit pas en effet que la déclaration soit faite pendant le cours de l'instance, il faut qu'elle le soit dans l'instance même.

3° Cette solution doit s'appliquer aussi aux déclarations qui seraient insérées dans une requête adressée à l'autorité administrative à l'occasion d'une instance civile ;

4° Au contraire, la déclaration faite devant des arbitres constitue un aveu judiciaire.

b. — L'aveu judiciaire doit être fait *dans l'instance même où il est invoqué.* Emis pour servir au jugement de la question en litige, il ne saurait, sans que l'intention de son auteur fût dépassée, étendre ses effets au delà de cette limite. Son autorité est relative, comme celle de la chose jugée. Il en résulte que l'aveu fait dans une instance ne peut avoir, non seulement pour les tiers, mais encore pour les parties, que la valeur d'un aveu extrajudiciaire, lorsqu'il est invoqué dans un procès différent. Cass., 13 décembre 1886, Sir., 87. 1. 176.

N° 2. De la capacité en matière d'aveu.

1297. L'aveu n'est valable, comme tout autre fait juridique, qu'autant qu'il émane d'une personne capable. Mais quelle est la capacité exigée? L'aveu ayant pour effet de rendre pire la condition de celui qui le fait, et pouvant entraîner la perte de son procès, il faut avoir en principe la *capacité de disposer de l'objet de la contestation.* Ainsi on ne peut pas opposer un aveu à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée non autorisée. On ne peut même opposer à un incapable l'aveu fait par son représentant légal, par exemple par son tuteur, que lorsqu'il porte sur des faits personnels d'administration qui n'excèdent pas les pouvoirs du représentant.

A raison du même principe, l'aveu du mandataire ne lie le mandant, d'après l'art. 1356 al. 1, qu'autant que le premier était investi pour le faire d'un pouvoir spécial. Cpr. art. 1988.

Quant aux avoués et huissiers chargés d'instrumenter en justice pour les parties, ils sont présumés, quand ils font des aveux relatifs à des faits concernant l'affaire, agir avec le mandat de leur client qui par suite se trouve lié. Mais celui-ci peut les faire tomber au moyen d'une procédure spéciale qu'on appelle le *desaveu* (C. pr. art. 352 à 362). — Il n'en est pas de même des aveux faits par les avocats. Par eux-mêmes ils sont sans valeur, parce que l'avocat ne représente pas la partie : il n'est que son conseil. Mais il est admis en pratique que, si l'avoué assistant l'avocat ne rétracte pas l'aveu échappé à ce dernier, il se l'approprie par son silence, et l'effet de cet aveu ne peut encore disparaître que par un désaveu dirigé contre l'avoué.

N° 3. De la force probante de l'aveu.

1. *De l'aveu judiciaire.*

1298. L'aveu judiciaire fait preuve complète contre la partie de laquelle il émane. « *Il fait pleine foi,* dit l'art. 1356 al. 2, *contre celui* » *qui l'a fait* ». Il a même toujours été considéré comme la plus décisive de toutes les preuves, *probatio probantissima.* Dès lors, la partie qui s'en prévaut n'a pas besoin de prouver autrement le fait avoué, qui est tenu pour constant, et le juge lui-même est obligé d'y conformer sa sentence.

Néanmoins cette force probante n'est pas absolue, et il nous faut délimiter exactement le domaine dans lequel elle exerce son action.

Elle reçoit d'abord plusieurs exceptions. Les unes sont formellement écrites dans la loi : c'est ainsi qu'en matière de séparation de biens elle déclare inefficace l'aveu du mari (C. pr. art. 870). Les autres résultent de la nature du droit litigieux : l'aveu est sans valeur, quand il porte sur un droit dont la partie n'a pas la disposition pour des raisons d'ordre public, par exemple sur les droits éventuels qu'on peut avoir à la succession d'une personne vivante; il est également inutile, quand il a pour objet un fait dont la loi prohibe la reconnaissance, tel que l'aveu d'une paternité adultérine ou incestueuse.

La foi due à l'aveu judiciaire reçoit en outre deux limitations importantes : l'une résulte de ce qu'il ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait, et l'autre de ce qu'il peut être rétracté sous certaines conditions. Nous sommes ainsi conduits à parler de l'indivisibilité et de la rétractation de l'aveu judiciaire.

A. *De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire.*

1299. L'art. 1356, après avoir établi que l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait, ajoute dans son alinéa 3 : « *Il ne peut être divisé contre lui* ».

* Cette courte phrase soulève l'une des difficultés les plus ardues que présente la science du droit. Pour faciliter l'intelligence du sujet, nous résoudrons successivement ces deux questions : 1° Quand l'aveu est-il indivisible ? 2° Un aveu étant reconnu tel, quelles sont les conséquences du principe de l'indivisibilité de l'aveu ?

* **1300.** Première question. Quand l'aveu est-il indivisible ? — Cette question est préjudicielle à l'autre; elle est aussi de beaucoup la plus délicate.

Un aveu est indivisible dans trois cas : — 1° s'il porte purement et simplement sur le fait allégué par l'autre partie; — 2° lorsqu'il porte encore sur le même fait, mais modifié par des circonstances accessoires qui en altèrent l'essence ou la nature juridique; — 3° lorsqu'il porte sur un fait distinct du fait principal, mais s'y rattachant comme une suite ordinaire ou accidentelle. Ces trois cas correspondent à trois sortes d'aveux, qui sont, dans l'ordre que nous avons adopté, l'aveu *pur et simple*, l'aveu *qualifié* et l'aveu *complexe*. Nous allons les reprendre pour les éclairer par des exemples et les justifier doctrinalement.

1° *Aveu pur et simple.* — L'aveu pur et simple, au point de vue qui nous occupe, ne saurait donner lieu à aucune difficulté, puisqu'il est la reproduction pure et simple du fait allégué par l'autre partie à l'appui de sa demande ou de son exception. Je vous réclame 5,000 fr. que je vous ai prêtés; vous avouez purement et simplement que vous me les devez à titre de prêt. Un tel aveu est essentiellement indivisible.

2° *Aveu qualifié.* — L'une des parties prétend avoir prêté à intérêt; l'autre avoue avoir reçu la somme à titre de prêt, mais sans promesse d'intérêts. Le fait principal est avoué avec une modification qui altère sa nature juridique. Cet aveu qualifié est-il également indivisible ? L'affirmative est certaine. — Elle est d'abord conforme à l'équité et à la raison. Est-il équitable en effet de scinder la déclaration de mon adversaire, pour en détacher à mon profit seulement ce qui m'est favorable ? Ce serait prêter à ses paroles un sens qu'il n'a certainement pas voulu leur donner. — La tradition atteste d'ailleurs que le législateur a eu en vue dans l'art. 1356 al. 3, le cas d'aveu qualifié. Pothier, le guide et l'inspirateur habituel des rédacteurs du code civil, appliquait à cette hypothèse le principe de l'indivisibilité. — Enfin les principes généraux de la preuve conduisent à ce résultat. Puisque l'aveu qualifié ne prouve pas le fait tel qu'il est allégué, la règle de l'art. 1315

subsiste, et la partie reste tenue de justifier par d'autres moyens le fondement de sa prétention.

3° *Aveu complexe.* — Il est ainsi nommé, parce qu'il embrasse, comme nous allons le voir, deux faits distincts : le fait principal et un fait tout nouveau tendant à créer une exception au profit de celui qui avoue. Cet aveu est-il indivisible? La formule que nous avons donnée plus haut résout la difficulté par une distinction.

a. — Ou bien le fait nouveau présuppose l'existence du fait principal, et en forme la suite ordinaire ou même accidentelle. Dans ce cas, on ne peut le scinder, en tant qu'il a pour effet de restreindre ou de paralyser les conséquences juridiques du fait principal. Cette indivisibilité implique un lien intime de connexité entre les deux faits qu'embrasse l'aveu complexe. *Primus* par exemple se prétendant créancier de *Secundus,* celui-ci avoue que la dette réclamée a existé, mais prétend qu'elle a été éteinte par un fait postérieur tel que le paiement ou même la remise de la dette, ou qu'elle s'est transformée dans une nouvelle par l'effet d'une novation. La formation de l'obligation et son extinction se rattachent en effet l'une à l'autre par leur objet, si elles se séparent par leur nature et en ce qui concerne leur date. — Cette solution repose d'abord sur une tradition juridique constante. Pothier lui-même, au n. 833 de son *Traité des obligations,* nous donne un exemple d'indivisibilité, emprunté au cas d'aveu complexe le plus clair : celui de l'aveu d'une dette accompagné de l'allégation d'un paiement. Merlin nous atteste que telle était la pratique constante en France, et le rapport du tribun Jaubert, qui reproduit le même exemple, prouve que les rédacteurs du code ont entendu consacrer la même doctrine. — On peut d'ailleurs invoquer en sa faveur, outre la généralité des termes de l'art. 1356 al. 3, qui ne restreint pas l'application de l'indivisibilité au cas où l'aveu porterait sur un fait unique, cette raison pratique : qu'un débiteur, dont la dette n'est pas justifiée par écrit, n'a pas de motif pour exiger une quittance, lorsqu'il se libère; il ne faut donc pas le rendre victime d'un aveu complexe fait de bonne foi. — Enfin la disposition de l'art. 1924, relative au dépôt, fournit un argument d'analogie très puissant.

b. — Ou bien le nouveau fait, allégué par celui qui avoue le fait principal, n'est pas connexe avec celui-ci par son objet ou par sa nature, et n'en présuppose pas l'existence. Ainsi, *Primus* poursuivant *Secundus* en paiement, celui-ci avoue que la dette a existé; mais il allègue en même temps une compensation opérée à son profit au moyen d'une créance qu'il aurait acquise avant ou depuis la naissance de la première. Rien ne s'oppose à la division d'un pareil aveu. Admettre avec Merlin qu'il est indivisible, ce serait s'écarter de la doctrine traditionnelle, déjà consacrée par les jurisconsultes romains (l. 26, § 2, D., *Dep. vel contra,* XVI, 3) et que l'on trouve énoncée dans Voët. Ce serait même permettre au défendeur d'intervertir les rôles, si la créance alléguée par lui dépassait le montant de sa dette. — Par application des mêmes principes, les différentes réponses contenues dans un interrogatoire sur faits et articles peuvent être appréciées isolément. On doit *a fortiori* décider de même, lorsque, dans une contestation qui porte sur plusieurs chefs distincts, des aveux ont été faits sur quelques-uns de ces chefs.

Nous venons de déterminer les cas dans lesquels un aveu doit être considéré comme indivisible; il nous reste à dire maintenant quel est l'effet du principe de l'indivisibilité.

* **1301.** Seconde question. Quelle est la portée du principe de l'indivisibilité de l'aveu? — L'objet même de ce principe nous révèle son exacte portée. Le législateur s'est proposé, en le formulant, de maintenir les règles posées par l'art. 1315 sur le rôle des parties en ce qui concerne la charge de la preuve.

Quand il y a aveu qualifié ou que l'aveu complexe est indivisible, celui qui invo-

que le fait principal est dispensé de la preuve en ce qui concerne ce fait. Mais l'auteur de l'aveu en est également dispensé quant à ses déclarations accessoires et modificatives du fait principal, parce qu'il conserve le rôle de défendeur; ce serait autrement le dépouiller des avantages qui résultent pour lui de cette position. Son adversaire ne peut pas se borner à les rejeter purement et simplement comme non prouvées, en tant qu'elles ont pour but de modifier les conséquences juridiques du fait principal.

Mais pousser plus loin le principe des effets de l'indivisibilité, ce serait le dénaturer. Il ne faut pas interdire à celui qui se prévaut du fait principal le droit de combattre, soit par une présomption légale, celle par exemple de l'art. 911, soit par la preuve contraire, les déclarations accessoires du défendeur. Si on lui refusait ce droit, il serait par trop facile au défendeur de paralyser d'avance les moyens de son adversaire en faisant un aveu partiel, qui ne pourrait pas être modifié dans sa teneur. La preuve contraire se fera par les mêmes moyens que ceux qui étaient admissibles pour démontrer l'existence du fait principal, et par conséquent au moyen de la preuve testimoniale ou de celle par simples présomptions, si ce fait principal était lui-même susceptible d'être prouvé de cette manière.

B. *De la rétractation de l'aveu judiciaire.*

1302. La loi permet la rétractation de l'aveu judiciaire dans un cas qu'indique l'art. 1356 al. 4 : *Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la » suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur » de droit ».*

L'aveu est donc en principe irrévocable. Quand on fait une déclaration en justice, on pèse ce que l'on dit et ce que l'on écrit. Mais exceptionnellement il peut être révoqué, lorsqu'il est le résultat d'une *erreur de fait.* Ainsi vous me poursuivez en paiement d'une dette contractée par mon père; je reconnais que mon père a effectivement contracté la dette que vous me réclamez; puis plus tard je trouve une quittance dans les papiers de la succession. La loi romaine en donne la raison : celui qui avoue un fait par erreur, n'avoue pas en réalité; *non fatetur qui errat,* dit la loi 2, D., *De confessis,* XLII, 2 ; mais elle ajoute aussitôt : *nisi jus ignoravit.* L'art. 1356 fait la même distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. L'erreur de droit, à la différence de l'erreur de fait, n'autorise pas la rétractation de l'aveu. En effet la bonne foi ne permet pas de rétracter un aveu par cette seule raison qu'on n'en a pas connu toutes les conséquences juridiques (cpr. art. 2052). Par exemple un héritier légitime avoue avoir accompli sur le patrimoine héréditaire un acte qui constitue un acte d'héritier; c'est en vain qu'il voudrait se rétracter en alléguant qu'il ignorait que son aveu entraînait pour lui l'obligation de payer toutes les dettes de son auteur, même *ultra vires successionis.*

* **1303.** On s'est demandé si l'aveu judiciaire, tant qu'il n'a pas été accepté par l'autre partie, ne peut pas être rétracté purement et simplement. Pour soutenir la solution affirmative, on invoque par analogie l'art. 403 du code de procédure civile, qui n'attribue d'effet définitif qu'au désistement *accepté,* et aussi l'art. 1211 al. 3 du code civil, d'après lequel la renonciation tacite à la solidarité peut être rétractée tant qu'elle n'est pas acceptée ou réputée telle. Or, dit-on, il en doit être de même de l'aveu, qui constitue aussi une renonciation à un droit. — Nous admettons sans doute que la prudence conseille, pour éviter toute discussion sur l'existence ou la teneur d'un aveu verbal, d'en demander acte au juge devant lequel il est proféré; et telle est aussi l'habitude des praticiens. Mais il ne résulte pas à notre avis des dispositions précitées la nécessité d'une acceptation tacite de l'aveu judiciaire. Elles ont trait en effet à des renonciations conventionnelles à un droit, tandis que l'aveu

n'est au fond qu'une simple reconnaissance d'un fait. C'est un acte purement unilatéral; ce n'est pas une pollicitation. Si la force probante qui s'y attache est très grande, puisqu'il émane de la partie intéressée à combattre le fait avoué, il la tire de lui-même et de lui seul, quand il est complet et sérieux; dès lors qu'importe à cet égard l'acceptation de celui au profit duquel il est fait? Cependant, si on voulait déduire d'un aveu, non pas la simple preuve du fait avoué, mais une renonciation conventionnelle à un droit, alors reparaîtrait la règle, qui permet de rétracter une renonciation de ce genre lorsqu'elle n'est pas acceptée.

II. *De l'aveu extrajudiciaire.*

1304. Le code ne parle de l'aveu extrajudiciaire que pour trancher une question de preuve (art. 1355). Il faut conclure de ce silence que la loi, tout en admettant la force probante de cet aveu, a voulu en abandonner l'appréciation aux tribunaux. Il se produit en effet dans des circonstances moins solennelles, et présente par suite moins de garanties. De ce principe découlent les différences suivantes entre les deux sortes d'aveu :

1° L'aveu judiciaire fait pleine foi en justice, en ce sens que celui qui s'en prévaut n'a pas besoin de rapporter d'autre preuve du fait avoué et que le juge est légalement obligé de tenir ce fait pour constant. Au contraire, le juge est libre d'admettre ou de rejeter suivant les cas la preuve résultant de l'aveu extrajudiciaire;

2° L'aveu judiciaire est indivisible. L'aveu extrajudiciaire l'est aussi en principe; mais l'indivisibilité ne constitue pas pour lui une règle légale, et par suite le juge reste libre de ne pas s'y conformer; sa décision serait à l'abri de la censure de la cour de cassation;

3° Enfin les tribunaux peuvent admettre la rétractation de l'aveu extrajudiciaire indépendamment d'une erreur de fait.

1305. Le législateur s'est occupé de la preuve de l'aveu extrajudiciaire purement oral, et il a écrit à ce sujet la disposition de l'art. 1355 : « *L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est* » *inutile, toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible* ».

C'est une conséquence des principes qui régissent la preuve testimoniale. Les précautions de la loi seraient illusoires, si celui auquel elle défend de faire entendre des témoins pour prouver un fait, pouvait invoquer cette preuve pour démontrer que ce fait a été avoué par son adversaire.

SECTION V

DU SERMENT

1306. Le serment est un acte à la fois civil et religieux, par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait. C'est plus qu'une affirmation; il contient essentiellement une invocation à la

divinité ; il constitue un appel, non seulement à la conscience, mais encore aux croyances religieuses de celui à qui il est demandé.

1307. Le serment est judiciaire ou extrajudiciaire, suivant qu'il intervient dans le cours d'une instance ou en dehors de toute instance. La loi ne s'occupe ici que du serment judiciaire.

1308. Disons cependant un mot du serment extrajudiciaire. C'est le *jusjurandum voluntarium* des Romains. Il est volontaire en effet, puisque la personne à laquelle il est déféré n'est nullement tenue d'accéder à la proposition qui lui est faite ; elle n'est obligée ni de le prêter ni de le référer. Le code n'en a tracé les règles nulle part, parce qu'il ne se distingue pas d'une convention ordinaire. Mais l'art. 55 du code de procédure civile en offre un exemple remarquable. Il s'agit du serment déféré à l'une des parties par l'autre pendant le préliminaire de conciliation ; c'est bien un serment extrajudiciaire, puisque l'instance n'est pas encore engagée. Cette solution conduit aux deux conséquences suivantes : — 1° l'art. 1361 n'est pas applicable au refus de prêter serment devant le juge de paix siégeant comme conciliateur ; ce n'est pas autre chose qu'un refus de conciliation ; 2° la partie qui a refusé un tel serment est toujours admise, quand il lui est déféré judiciairement, à le prêter devant le tribunal saisi de la contestation.

1309. Aux termes de l'art. 1357 : « *Le serment judiciaire est de* » *deux espèces :* — 1° *Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire* » *dépendre le jugement de la cause : il est appelé* décisoire ; 2° *Celui* » *qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties* ». On l'appelle dans le langage de la doctrine serment *supplétif* ou *supplétoire*.

§ I. *Du serment décisoire.*

1310. Le texte que nous venons de transcrire définit le serment décisoire, appelé aussi *litis-décisoire :* celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement d'une contestation. Il a pour but et pour effet de trancher un différend, *maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio ;* et il se rapproche ainsi de la transaction (art. 2044). *Jusjurandum speciem transactionis continet,* dit la l. 2, D., *De jurej.*, XII, 2.

* Mais il ne faut pas exagérer cette analogie. Ce n'est qu'une espèce de transaction, dit la loi précitée, et en effet il en diffère sous deux points de vue essentiels. D'abord la transaction, étant un contrat, est purement volontaire de la part des deux parties. Le mécanisme du serment décisoire est exclusif, au contraire, de la liberté de celui à qui il est déféré ; il est mis, par le seul fait de cette délation, dans la nécessité, pour ne pas perdre son procès, de prêter le serment ou de le référer à son adversaire. C'est pour cela qu'on l'avait appelé à Rome *jusjurandum necessarium.* D'autre part, la transaction suppose que les parties se font des concessions réciproques ; cet élément fait absolument défaut dans l'institution du serment : la partie qui le défère succombe dans toute sa prétention si son offre est acceptée, ou obtient complètement gain de cause si elle est repoussée. Décidément, si le serment décisoire ressemble à la transaction, il ne lui ressemble que de loin.

L'acte de serment est complexe ; il donne naissance à plusieurs faits

généraux que nous étudierons successivement dans l'ordre où ils se produisent. Le serment décisoire est d'abord déféré; la délation est donc le premier fait qui s'offre à notre étude.

N° 1. De la délation du serment.

1. *Caractère juridique.*

1311. La délation du serment litis-décisoire constitue une offre de renonciation conditionnelle à la demande ou à la défense.

a. — C'est une *offre* de la part de celui qui le défère. Il peut donc la rétracter tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'adversaire. Le jugement lui-même, qui donne acte de la délation, ne met aucun obstacle à cette rétractation, si la partie à laquelle le serment a été déféré n'a pas déclaré consentir à le prêter. Mais, dès qu'elle a manifesté cette intention, la convention est formée, et l'auteur de la délation ne peut plus retirer son offre : « *La partie qui a déféré ou référé le serment, ne peut* » *plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment* » (art. 1364).

b. — Le serment est une offre de *renonciation conditionnelle* à la demande ou à l'exception. En effet, la partie qui défère le serment, n'entend renoncer à sa demande ou à son exception que sous la condition rigoureusement accomplie que son adversaire le prêtera. Le demandeur dit implicitement, mais nécessairement : « Je renonce à vous poursuivre, si vous jurez que vous ne m'avez pas emprunté telle somme, ou que vous me l'avez payée »; et si c'est le défendeur : « Je renonce à me défendre, si vous jurez que vous m'avez prêté la somme que vous me réclamez ». Par conséquent la simple déclaration, émanée de l'adversaire, qu'il est prêt à faire le serment déféré, n'équivaut pas à sa prestation; si la mort le frappe avant qu'il ait pu le prêter, la condition, à laquelle était subordonnée la renonciation, ne s'est pas réalisée, et les droits de l'autre partie demeurent intacts.

2. *Conditions de validité de la délation du serment.*

1312. Ces conditions de validité sont relatives à la capacité des parties litigantes, à l'objet de la contestation, à la nature du fait sur lequel porte la délation, enfin au temps où elle intervient.

1313. Capacité des parties. — La loi ne trace aucune règle de capacité en matière de serment; mais les principes suffisent pour la déterminer. La délation du serment est plus qu'un acte de disposition, puisque le dépouillement qui en résulte n'est compensé par aucun équivalent, pas même par le devoir de reconnaissance qui incombe à un donataire. C'est, avons-nous dit, une sorte de transaction, et même une transaction plus dangereuse que la transaction ordinaire. Car, si celui qui transige passe condamnation sur quelques chefs de sa prétention, il s'assure par ce moyen le bénéfice des autres; tandis que celui qui défère le serment consent le sacrifice complet de ses droits; il fait plus que transiger, il renonce à sa demande ou à son exception. Or la loi a organisé une capacité spéciale pour transiger : outre le droit de disposer des objets compris dans la transaction, elle exige encore l'accomplissement de certaines formalités (art. 467, 2045). Il

est donc légitime de soumettre à la même capacité la délation de serment. Nous arrivons ainsi à cette conclusion que, pour déférer le serment décisoire, il faut avoir, *non seulement la capacité d'aliéner, mais encore celle de transiger*. Corrélativement il ne peut être déféré qu'à ceux qui peuvent transiger sur l'objet de la contestation.

Voici quelques-unes des conséquences qui découlent de ce principe :

1° Le tuteur ne peut déférer le serment au nom du mineur, même dans les procès qui portent sur des actes d'administration pure et simple, qu'en remplissant les formalités prescrites par l'art. 467 pour la transaction;

2° L'observation des mêmes formalités s'impose au mineur émancipé, qui veut déférer le serment, même sur des droits dont il a la libre disposition. La transaction a en elle-même trop de gravité pour qu'on puisse la considérer comme un acte de pure administration;

3° Les mandataires ne peuvent d'une manière absolue déférer le serment qu'avec un pouvoir exprès du mandant, même lorsque le mandat est conçu en termes généraux, bien que dans ce cas il emporte le droit d'administrer (art. 1988). Cpr. art. 352 C. pr.;

4° Les syndics d'une faillite doivent, pour déférer un serment comme pour transiger, se conformer à l'art. 487 du code de commerce.

1314. Objet de la contestation. — Aux termes de l'art. 1358 : « *Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit* ». Sur la foi de ce texte, on serait tenté de dire que le serment litis-décisoire peut être déféré dans toutes les contestations civiles, quelle que soit leur nature. Toutefois, malgré sa généralité, on est forcément amené par les principes à reconnaître la nécessité de certaines exceptions.

On ne peut pas d'abord déférer le serment, lorsque la contestation porte sur des droits qui ne sont pas susceptibles de former l'objet d'une renonciation ou d'une transaction. Notamment il n'est pas permis d'invoquer ce moyen dans un procès relatif à l'état des personnes (Cass., 23 novembre 1885, Sir., 86. 1. 179), ni en matière électorale (Cass., 30 avril 1885, Sir., 86. 1. 131).

En second lieu, le serment ne peut pas être déféré, quand il tend à renverser une présomption *juris et de jure* établie dans un but d'intérêt public (art. 6). — V. *supra* n. 1283.

1315. Nature du fait sur lequel porte la délation. — Le serment ne peut être déféré que sur des *faits*, jamais sur la question de droit (art. 1359, 1362, et C. pr. art. 120).

Il en était autrement dans la législation romaine. L'édit du préteur avait formulé ce principe, que quiconque est engagé dans un rapport de droit incertain et douteux peut le fixer par serment. Il en résultait que la délation du serment pouvait porter sur l'existence même du droit réclamé. « Jurez que vous ne me devez rien, que cette hérédité vous appartient » : tel est le contenu des formules de serment qui se rencontrent dans les fragments des jurisconsultes romains. L'innovation, que le code civil consacre sur ce point, constitue un progrès véritable.

Le jugement d'un rapport de droit renferme nécessairement l'application d'une

théorie juridique; or la jurisprudence, de même que toutes les sciences morales, n'est pas assise sur des principes assez clairs et assez précis pour mettre obstacle à toute appréciation casuistique, alors surtout que l'intérêt du plaideur viendra ajouter de nouvelles forces à la conviction de son droit. Les faits au contraire se manifestent matériellement, et sont du ressort des sens; leur affirmation ne met en jeu que la mémoire, et les aberrations du raisonnement ne sont plus à craindre.

Si aujourd'hui le serment décisoire ne peut être déféré que sur un fait, il faut en outre que ce fait soit d'une certaine nature : il doit d'abord être *personnel* à la partie à laquelle le serment est déféré, ensuite être *relevant* ou *décisif*.

a. — « *Le serment,* dit l'art. 1359, *ne peut être déféré que sur un fait personnel à* » *la partie à laquelle on le défère* ».

Il existe deux degrés dans la persuasion qu'on peut avoir d'une chose : la science ou connaissance *(scienta, veritas)* et la croyance, l'opinion personnelle *(credulitas)*. Croire et savoir sont deux choses essentiellement différentes. La croyance, fondée sur de simples conjectures, est susceptible de bien des degrés; la science au contraire n'admet pas de plus ou de moins; on sait ou on ne sait pas. Le serment peut avoir ce double objet : la connaissance d'un fait ou la simple croyance à un fait, *aut de veritate aut de credulitate juratur*. En d'autres termes, on peut contraindre son adversaire à jurer que tel fait existe ou n'existe pas, ou bien à jurer s'il estime de bonne foi que tel fait existe. On conçoit à première vue d'après ce qui précède, la force probante bien différente qui doit s'attacher à ces deux sortes de serments. Le serment de crédibilité *(jusjurandum de credulitate)* facilite des compromis avec la conscience, que ne permet pas le serment de connaissance *(jusjurandum de veritate)*. Cette courte analyse psychologique explique la réglementation de la loi au point de vue qui nous occupe.

Le serment de connaissance ne peut être déféré que sur un fait émané de la personne même à laquelle il est déféré. C'est l'idée qu'exprime l'art. 1359, en exigeant que le fait soit personnel. On peut alors sommer l'adversaire de jurer sur le point de savoir si le fait existe ou n'existe pas; car il ne peut pas alléguer qu'il n'en a pas connaissance. Quant aux faits émanés de toute autre personne, il est impossible au juge de deviner *a priori* si celui à qui la délation s'adresse les connaît personnellement, c'est-à-dire pour les avoir perçus *propriis sensibus*, ou bien s'il n'a que des raisons plus ou moins fortes de les conjecturer. Le serment de crédibilité est alors seul admissible. Toutefois, à raison des dangers qu'il présente, le législateur en a restreint l'usage; on ne peut le déférer qu'à la veuve ou aux héritiers de celui de qui émane le fait sur lequel porte le serment. Ce sont en effet les personnes qui sont le plus à même d'avoir une opinion personnelle raisonnable quant à l'existence des faits accomplis par leur auteur. D'abord elles ont eu en général avec lui de son vivant des rapports fréquents, et puis, après sa mort, elles ont pu trouver dans les papiers de sa succession des écrits ou des mentions qui constataient des libérations de débiteurs ou des engagements. L'art. 189 du code de commerce et l'art. 2275 du code civil présentent deux applications textuelles de cette théorie.

b. — Le serment ne peut être déféré que sur un fait *relevant* ou *décisif*, c'est-à-dire sur un fait qui, en le supposant établi, doit exercer une influence péremptoire sur la solution du litige, ou du moins sur celle d'un incident. Ainsi on ne peut pas déférer le serment sur l'existence d'un contrat solennel, quand les formalités prescrites par la loi n'ont pas été remplies. Il en serait de même, à un autre point de vue, si, dans un procès en règlement de compte, l'une des parties se bornait à déférer le serment sur la sincérité d'articles contestés pris isolément. Ce serment ne serait pas décisoire, puisqu'il ne mettrait pas fin à la contestation. Cpr. Cass., 5 mai 1886, Sir., 86. 1. 264.

1316. Epoque à laquelle la délation peut intervenir. — Aux termes de l'art. 1360 : « *Il* [le serment] *peut être déféré en tout état de* » *cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la* » *demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué* ». En principe, la délation du serment décisoire peut se produire devant toutes les juridictions : tribunaux civils, tribunaux de commerce (C. co. art. 189), justices de paix (C. pr. art. 55), juridictions arbitrales, conseils de prud-hommes; il n'y a d'exception que pour la juridiction administrative et la juridiction criminelle. La loi décide que, lorsque le serment est recevable d'après la nature de la juridiction saisie, il peut être déféré *en tout état de cause*. Et Pothier, de l'ouvrage de qui notre article est textuellement extrait, ajoutait sous forme d'explication : « en cause d'appel comme en première instance ».

Mais il y a d'autres conséquences à tirer des termes absolus employés par l'art. 1360. Ainsi nous croyons que le serment décisoire est valablement déféré, lorsqu'il y a preuve complète de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. On a objecté contre cette solution qu'il n'est pas rationnel d'autoriser l'administration d'une nouvelle preuve pour un fait qui se trouve déjà complètement prouvé. Cette objection aurait de la portée, si les preuves judiciaires produisaient la certitude absolue; mais elles n'engendrent qu'une probabilité plus ou moins grande; et dès lors, si forte qu'elle soit, comme elle n'exclut pas un degré plus élevé de persuasion, on peut, sans blesser les règles de la logique et de la raison, admettre une autre preuve pour détruire l'effet d'une preuve déjà faite qui laisse toujours place au doute. Le juge pourrait-il rejeter un aveu, qui se produirait au dernier moment de l'instance, sous le prétexte que les preuves déjà administrées ont complètement éclairé sa religion ?

Il faut également conclure de l'art. 1360 que le serment décisoire peut être déféré par une partie aussi bien au début de l'instance que lorsqu'elle a proposé d'autres moyens. Nous repoussons cette jurisprudence, d'après laquelle le serment, que l'on défère par conclusions subsidiaires, ne constitue qu'un serment supplétif qu'il appartient au juge d'admettre ou de rejeter. Cette opinion n'est pas seulement contraire au texte de la loi; elle méconnaît aussi le but même du serment décisoire. La loi l'a consacré comme une ressource extrême ménagée au plaideur, qui, vaincu sur tous ses moyens, est sur le point de perdre son procès; et en fait il n'est déféré que lorsqu'il a été impossible de prouver son droit par les preuves ordinaires.

3. *Effets de la délation.*

1317. La délation du serment, lorsque toutes les conditions qui viennent d'être énumérées se trouvent remplies, met la partie à laquelle elle s'adresse dans les liens d'une obligation alternative : elle est obligée ou de référer le serment ou de le prêter, sous peine de succomber dans sa demande ou dans son exception. Cela résulte de l'art. 1361, l'article fondamental de la matière du serment décisoire : « *Celui au-* » *quel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer* » *à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse,* » *doit succomber dans sa demande ou dans son exception* ».

La rélation du serment, sa prestation, le refus de le prêter ou de le

référer sont les trois faits généraux rentrant dans le mécanisme du serment, qu'il nous reste à étudier.

N° 2. De la rélation du serment.

1318. Référer un serment, c'est sommer la personne qui le défère de le prêter elle-même. Par exemple je vous réclame 1,000 fr. que je prétends vous avoir prêtés; vous niez le prêt, et comme je n'ai pas de preuves à l'appui de ma prétention, je vous défère le serment; je vous dis : « Jurez que je ne vous ai pas prêté 1,000 fr. et je renonce à mon action ». Vous pourrez me répondre : « Jurez vous-même que vous m'avez prêté les 1,000 fr. que vous réclamez et je passe condamnation ».

La rélation du serment présente le même caractère juridique que la délation : c'est une offre retournée de renonciation conditionnelle à la demande ou à l'exception. Partant il faut la même capacité, la capacité nécessaire pour consentir une transaction. Les autres conditions, exigées pour la validité de la délation, sont également requises pour celle de la rélation. Ainsi elle a lieu dans les mêmes contestations, en tout état de cause; le fait sur lequel elle porte doit être aussi de la même nature, c'est-à-dire personnel à la partie à laquelle le serment est référé.

Le législateur a cru utile d'indiquer cette dernière condition dans l'art. 1362, ainsi conçu : « *Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est* » *point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment* » *avait été déféré* ». Il faut que le fait soit commun aux deux parties, parce que le serment ayant été déféré à la partie qui le réfère, se trouvait être déjà quant à elle un fait personnel. Lorsque le fait, sur lequel on réfère le serment, est personnel à la partie qui l'a déféré, non seulement la rélation est valable, mais encore il y a lieu au serment ordinaire, c'est-à-dire au serment de connaissance *(de veritate)*. Si le caractère de personnalité manque, et que la partie à laquelle le serment est référé, soit un successeur à titre universel ou le conjoint de celui à qui le fait était personnel, il serait permis de lui référer le serment exceptionnel sur sa croyance au fait *(de credulitate)*.

Les effets de la rélation ne sont pas absolument les mêmes que ceux de la délation. Elle crée bien une obligation à la charge de la partie à laquelle elle s'adresse; mais cette obligation est pure et simple. Elle est tenue de prêter le serment qui lui est demandé, sous peine de perdre son procès, sans pouvoir le référer (arg. de ces mots de l'art. 1361 *ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse*). S'il lui eût été permis de le référer à son tour, le procès eût pu tourner perpétuellement dans un cercle sans issue.

N° 3. De la prestation du serment.

1319. Nous étudierons successivement le caractère juridique de la prestation du serment et les effets qu'elle produit. Quant à la procédure qui la précède et aux formalités qui l'accompagnent, nous n'en parlerons pas; elles rentrent plutôt dans l'explication du code de procédure civile.

1. *Caractère juridique.*

1320. La prestation du serment déféré ou référé n'est autre chose que l'accomplissement de la condition, sous laquelle l'auteur de la délation ou de la rélation avait renoncé à sa demande ou à son exception. Cette renonciation devient ainsi définitive.

Cependant il ne faut pas voir dans la prestation du serment un acte d'acquisition ; comme la transaction, elle a purement le caractère *déclaratif*. C'est encore là un nouveau point de ressemblance entre ces deux institutions juridiques. Ce caractère est facile à justifier. Aux yeux de la personne qui le prête, le serment n'a pas d'autre portée que de lui laisser ce qui lui appartient déjà et de consacrer la justice de ses prétentions ; elle n'entend pas acquérir, elle ne veut que s'assurer le paisible exercice d'un droit qu'elle n'a cessé un seul instant de regarder comme sien. Il est bien vrai que l'acte de celui qui défère le serment offre dans sa pensée le caractère d'un acte de disposition : il a toujours considéré le droit contesté comme lui appartenant ; il en fait abandon à son adversaire, pourvu que le serment soit prêté ; la délation s'analyse véritablement en une renonciation faite sous une condition qui est maintenant réalisée. Mais, dans cet antagonisme de volontés, la loi fait prévaloir l'intention de la partie qui prête le serment sur celle de la partie qui le défère. Lorsqu'un serment est prêté, son contenu devient l'expression de la vérité. Peu importe la réalité des choses, la loi n'en tient aucun compte. Le serment a montré de quel côté était le droit, et tout le monde, même la partie qui semble avoir fait le sacrifice de sa chose, doit s'incliner devant cette vérité qui n'est souvent qu'une fiction, mais une fiction irréfragable.

2. *Effets de la prestation du serment.*

1321. Les effets de la prestation du serment se résument tous dans cette formule : *le contenu du serment prêté exprime une fiction de vérité qui prévaut sur la vérité réelle.* Il en résulte que cette prestation *consomme d'une manière irrévocable* la renonciation proposée par la partie qui l'a déféré ; celle-ci est désormais censée avoir reconnu le bien-fondé des prétentions de son adversaire. Il en résulte encore que le contenu du jugement doit être basé sur le contenu du serment prêté.

Nous allons, pour exposer la force probante du serment, indiquer d'abord son degré d'énergie et ensuite les limites que la loi lui a tracées.

1322. Etendue de la force probante du serment. — L'étendue de cette force probante réside tout entière dans la convention qui précède la prestation du serment et qui en forme la base. Celui qui le défère ou le référe offre de subordonner le sort de la contestation au fait de la prestation du serment. Il dit à son adversaire : « Je m'engage à ne plus renouveler contre vous ma demande ou mon exception, si vous jurez que telle chose est, ou n'est pas ». Cette offre est suivie d'acceptation et le serment est prêté. Voilà une convention parfaite, sur la légalité de laquelle on ne saurait élever le moindre doute, puisque c'est la loi elle-même qui la réglemente. La partie qui a déféré ou référé le serment s'était obligée sous une condition ; mais, cette condition s'étant réalisée, elle se trouve dans les liens d'une obligation pure et simple, et elle doit tenir ce qu'elle a promis : renonciation au droit de faire valoir désormais sa demande ou son exception. La convention de serment tire donc son autorité de ce principe, que « les conventions légalement

» formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134). Cette autorité, propre à toutes les conventions, elle la conserve même après que le jugement a été rendu ; ce jugement ne l'absorbe pas ; il se borne à la constater en adjugeant les conclusions de la partie qui l'a prêté. En d'autres termes, la prestation du serment produit les effets d'une convention sous la forme d'un jugement.

De ce que la prestation du serment constitue une convention, il résulte que la partie qui l'a déféré ou référé n'est pas admise à venir attaquer sa prestation, en offrant de prouver, même par des pièces nouvellement recouvrées, qu'il y a eu parjure, et qu'ainsi la présomption de vérité que la loi fait résulter du serment prêté est mensongère. Il faut s'en tenir en effet aux termes de cette convention. Elle ne s'est pas formée sous cette condition : si le serment est prêté conforme à la vérité ; car le but de l'institution n'eût pas été rempli : le différend ne serait pas décidé, puisqu'il resterait toujours à juger la question de savoir si le serment est vrai ou faux. La seule intention qu'ait pu avoir, aux yeux de la loi, l'auteur de la délation ou de la rélation, c'était de se désister de sa prétention si l'adversaire jurait que la sienne était fondée ; elle n'a donc pas subordonné son engagement à la vérité du serment, mais au seul fait de sa prestation. Par conséquent elle n'est pas recevable à attaquer la convention *prætextu perjurii*. Le code exprime cette idée dans l'art. 1363 : « *Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point* » *recevable à en prouver la fausseté* ». Ce texte est absolu, et ses termes comme ses motifs doivent faire décider que la partie, qui a déféré ou référé le serment, ne peut pas en prouver la fausseté en intervenant comme partie civile dans une poursuite pour délit de faux serment dirigée à la requête du ministère public contre celui qui l'a prêté (C. pén. art. 366). Elle ne réclame, il est vrai, par l'action civile que des dommages et intérêts, afin de l'indemniser du préjudice que lui cause le parjure ; mais, pour vérifier l'existence de ce préjudice, il faudrait renouveler le débat originaire ; car la fausseté du serment prêté ne suffirait pas pour prouver le bien-fondé de la demande ou de l'exception de celui qui l'a déféré ou référé.

Le caractère conventionnel de la prestation du serment conduit à cette autre conséquence, inverse de la première : c'est qu'on peut la faire tomber en se fondant sur toutes les causes qui sont susceptibles de faire prononcer la nullité ou la rescision des conventions ordinaires, vices du consentement, incapacité, etc., et du même coup on fait tomber le jugement qui en a été la suite. C'est ainsi qu'il sera permis de revenir sur la prestation du serment dans le cas où l'un des plaideurs aurait amené l'autre à lui déférer le serment en produisant au procès des pièces fausses par lui fabriquées. Le dol dans l'espèce est bien caractérisé.

Il est donc possible, dans certaines circonstances, de revenir sur la convention elle-même. Toutefois, comme elle revêt la forme d'un jugement, on ne pourra la faire tomber qu'à l'aide des moyens organisés par la loi pour attaquer les jugements, c'est-à-dire de l'appel, si la décision est susceptible de cette voie de recours, ou de la requête civile, si elle a acquis la force de chose irrévocablement jugée (C. pr. art. 480-10°).

On peut résumer la force probante du serment prêté dans la formule suivante : Lorsque la convention du serment a été régulièrement formée, on ne peut faire tomber la présomption de vérité qui s'attache à sa prestation, par le motif que cette présomption est contraire à la réalité.

1323. Limites de la force probante. — Du principe que la présomption de vérité, attachée à la prestation du serment décisoire, a pour fondement une convention, il résulte qu'elle ne peut avoir d'effet qu'entre les parties litigantes et qu'à l'égard d'une demande identique, c'est-à-dire d'une demande ayant même objet et même cause, l'*eadem quæstio* des Romains.

Quant à l'identité d'objet et à l'identité de cause, il suffit de se reporter aux explications que nous en avons données à propos de l'autorité de la chose jugée. Mais nous dirons quelques mots de l'identité subjective, sur laquelle le législateur a écrit la disposition de l'art. 1365 : « *Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui* » *qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayant-cause ou con-* » *tre eux. — Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débi-* » *teur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier ; — Le serment déféré* » *au débiteur principal libère également les cautions ; — Celui déféré à l'un des* » *débiteurs solidaires profite aux codébiteurs ; — Et celui déféré à la caution pro-* » *fite au débiteur principal. — Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur* » *solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur princi-* » *pal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du* » *cautionnement* ».

Après avoir posé le principe de l'autorité relative du serment, cet article en examine les conséquences au point de vue de la solidarité et du cautionnement.

a. — *Solidarité.* L'art. 1365 prévoit d'abord le cas de la solidarité active, et il décide que, lorsque le serment, déféré par l'un des créanciers solidaires, est prêté par le débiteur, celui-ci n'est libéré que *pour la part de ce créancier.* Le législateur de 1804 s'est en ce point écarté de la tradition. D'après la loi romaine, dont Pothier reproduisait la solution, le serment, prêté par le débiteur, le déchargeait de son obligation à l'égard de tous les cocréanciers solidaires. La rédaction primitive du projet était même conçue dans ce sens. Elle fut modifiée par cette raison que la délation du serment est une renonciation conditionnelle, et que par suite, en matière d'obligations, ses effets sont gouvernés par les principes de la remise de dette (art. 1198 al. 2). Le second alinéa de l'art. 1365 devient ainsi une application pure et simple de la règle posée dans le premier ; on aurait dû par suite en effacer le mot *Néanmoins,* qu'on a laissé subsister par mégarde.

En matière de solidarité passive, le serment prêté par l'un des codébiteurs solidaires profite à tous les autres ; il donne ainsi naissance à une exception *réelle,* en ce sens qu'elle peut être opposée pour le tout par chaque codébiteur indistinctement. Les rédacteurs du code justifient cette décision par le caractère de paiement que la loi romaine conférait au serment.

b. — *Cautionnement.* Lorsque le serment déféré au débiteur principal est prêté par lui, la caution est libérée ; pareillement le serment déféré à la caution sur la réalité de la dette profite au débiteur principal. *Jusjurandum in locum solutionis succedit,* dit la loi romaine (l. 28, § 1, D., *De jurej.*, XII, 2). C'est le même motif que Bigot-Préameneu donne à la disposition de l'art. 1365 al. 3 et 5.

N° 4. Refus de prêter serment ou de le référer.

1324. Aux yeux de la loi, celui qui refuse de prêter ou de référer le serment avoue le bien-fondé de la prétention de son adversaire, *pro confesso habetur.* C'est un des cas les plus remarquables d'aveu tacite. *Manifestæ turpitudinis et confessionis est,* disait la loi romaine, *nolle, nec jurare nec jusjurandum referre* (l. 38, D., *De jurej.*, XII, 2).

Le refus de prêter serment ou de le référer produit des effets analogues à ceux de la prestation. Ainsi il ne profite qu'à la partie qui l'a déféré et ne nuit qu'à celle qui a refusé, ou à leurs héritiers et ayant cause. Nous n'en parlerons qu'au point de vue de la solidarité et du cautionnement.

Lorsque le refus émane de l'un des créanciers solidaires, le débiteur n'est libéré que pour la part de ce créancier ; il n'y a pas de doute à cet égard. Mais, lorsqu'il

émane de l'un des codébiteurs solidaires, nuit-il aux autres codébiteurs ? Le principe, que les codébiteurs solidaires se représentent mutuellement *ad conservandam, non ad augendam obligationem,* nous conduit à dire que le refus du serment par l'un des codébiteurs ne peut pas être opposé aux autres (v. *supra* n. 972). De même, en matière de cautionnement, le serment refusé par la caution ou par le débiteur principal n'aura pas d'effet contre l'autre.

§ II. *Du serment déféré d'office.*

1325. « *Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour* » *en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour détermi-* » *ner le montant de la condamnation* » (art. 1366).

D'après cette disposition, le serment déféré d'office par le juge est de deux espèces. — Tantôt il est déféré pour suppléer à l'insuffisance des preuves, *inopiæ probationum.* C'est le serment que les Romains appelaient *jusjurandum judiciale;* il prit dans la législation du moyen âge le nom de *supplétif* ou *supplétoire,* qui exprime assez bien son caractère d'application. — Tantôt il est déféré sur la valeur de la chose qui fait l'objet du procès, lorsqu'on ne peut pas la restituer en nature ni en constater autrement la valeur. A Rome on le nommait alors *jusjurandum in litem;* de notre ancienne pratique française il reçut la qualification de *serment en plaids.*

N° 1. Du serment supplétif ou supplétoire.

1326. Conditions de sa délation. — La délation du serment supplétoire est soumise d'abord aux deux conditions qu'indique l'art. 1367 : « *Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la de-* » *mande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux condi-* » *tions suivantes : il faut, — 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas* » *pleinement justifiée; — 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de* » *preuves. — Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter pure-* » *ment et simplement la demande* ».

Cette disposition signale une des différences les plus profondes qui existent entre le serment supplétoire et le serment décisoire. Le serment décisoire est valablement déféré, quel que soit l'état des preuves, qu'elles soient nulles ou complètes (art. 1360). Le serment supplétif n'est au contraire qu'un moyen d'instruction, ordonné par le juge avant de rendre sa sentence. En conséquence, la loi le repousse comme inutile, lorsque le fait contesté est pleinement prouvé (art. 1319, 1322, 1352, 1356) et comme insuffisant quand la demande ou l'exception n'est pas fortifiée par un commencement de preuve.

Mais en quoi doit consister ce commencement de preuve ? Lorsqu'il s'agit d'un fait susceptible d'être prouvé directement par témoins, le juge est arbitre souverain du caractère et du degré du commencement de preuve. Si au contraire la preuve

testimoniale du fait contesté n'est pas admissible en vertu des art. 1341 et 1348, le commencement de preuve doit remplir toutes les conditions énumérées par l'art. 1347. Cette proposition est contestée; elle est pourtant la conséquence nécessaire des principes. La preuve commencée, imparfaite, exigée pour la validité de la délation du serment, ne peut provenir que de ces trois sources : un écrit, des dépositions de témoins, que le juge n'a pas trouvées assez probantes, et enfin des présomptions de fait, qui ne sont pas assez graves, assez précises et assez concordantes pour faire preuve complète. Cela posé, dans les hypothèses où la preuve testimoniale n'est pas admise, le juge ne peut puiser le commencement de preuve dans la déclaration d'un témoin, puisqu'il ne peut pas légalement en entendre; il n'a pas non plus le droit de les prendre dans des présomptions de fait, puisqu'elles ne sont pas admissibles dans les cas où le témoignage est lui-même exclu (art. 1353). Conséquemment le commencement de preuve ne saurait alors consister qu'en un écrit. — La loi a fait à cette règle quelques exceptions : l'une concerne le bail verbal (art. 1715, 1716); une autre est mentionnée dans l'art. 1329, relatif à la force probante des livres de commerce.

1327. Le serment supplétif est en outre soumis aux mêmes conditions de validité que le serment litis-décisoire, relativement à l'objet de la contestation et à la nature du fait sur lequel il porte. Comme lui également, il ne peut être déféré qu'à une partie, il ne serait pas valablement déféré au représentant d'un incapable; mais il peut l'être à l'une ou à l'autre partie. Au juge seul il appartient de décider quelle est celle qui, par sa probité, mérite qu'on fasse appel à sa conscience. C'est le motif qui explique la décision de l'art. 1368 : « *Le serment déféré d'office par le juge à l'une* » *des parties, ne peut être par elle référé à l'autre* ».

1328. Autorité du serment supplétif. — C'est surtout à ce point de vue que le serment supplétif diffère profondément du serment décisoire. A la base de la prestation du serment décisoire il y a une convention qui constitue une espèce de transaction. Le serment supplétif ne présente au contraire rien de conventionnel ni de transactionnel; c'est une simple mesure d'instruction ordonnée par le juge indépendamment de la volonté des parties et qui sert à préparer le jugement.

De là découlent les conséquences suivantes :

1° Le tribunal qui a déféré un serment supplétif n'est pas lié, et peut toujours revenir sur son jugement qui n'a que le caractère d'un interlocutoire;

2° Il n'est pas même lié quand le serment a été prêté, et il reste libre de n'y pas conformer sa sentence;

3° Lorsque la partie interpellée de jurer refuse, le juge n'est pas tenu de la condamner;

4° Le serment supplétif n'a pas d'autorité par lui-même; il emprunte toute sa force, toute son autorité à celle du jugement. Il aura par conséquent le même sort et sera anéanti avec lui. Ainsi, sur l'appel, la cour peut réformer le jugement de première instance, sans que la fausseté du serment ait été préalablement prouvée; elle pourrait même, pour s'éclairer, le déférer à l'autre partie.

N° 2. Du serment en plaids ou *in litem*.

1329. L'art. 1369 indique les conditions qui sont exigées pour l'application de ce serment : « *Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par* » *le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autre-*

» *ment cette valeur. — Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à* » *concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment* ».

Le serment *in litem* présente le même caractère que le serment supplétoire : c'est un moyen d'instruction servant à préparer le jugement définitif. Il a donc la même autorité, et entraîne les mêmes conséquences. Néanmoins il en diffère à trois points de vue : — 1° le serment supplétoire est déféré sur le fait même de la demande ou de l'exception, c'est-à-dire sur le fond du procès; tandis que la délation du serment *in litem* ne peut porter que sur la valeur de la chose contestée ; 2° le serment supplétoire n'est valablement déféré qu'autant que la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuves. La délation du serment *in litem* suppose au contraire que la demande est complètement prouvée; seulement le juge n'a pas les éléments suffisants pour arbitrer lui-même la valeur de la chose réclamée ; — 3° Le serment supplétoire peut être déféré au demandeur ou au défendeur, au gré du juge, tandis que le serment *in litem* ne peut l'être qu'au demandeur.

TITRE IV

Des engagements qui se forment sans convention.

1330. Aux termes de l'art. 1370 al. 1 : « *Certains engagements se* » *forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui* » *qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé* ».

Il eût été plus exact de dire : « *entre celui qui s'oblige et celui envers lequel il est* » *obligé* ».

Notre législateur a divisé les obligations en deux grandes catégories : 1° obligations conventionnelles, dont il s'est occupé dans le titre III; 2° obligations non conventionnelles, dont il est traité dans le titre IV (voyez la rubrique de ce titre et l'alinéa 1 de l'art. 1370). Cette division peu scientifique paraît correspondre à l'importance relative des sources d'où dérivent les obligations : on a consacré un titre tout entier (titre III) aux obligations qui dérivent de la source la plus importante, le contrat, et on a relégué dans un autre (titre IV), sous la dénomination générique d'*engagements,* toutes les obligations dérivant des autres sources, qui sont secondaires, du moins si on les envisage au point de vue de leur fécondité.

Le législateur subdivise les obligations de la deuxième classe, les *engagements,* pour emprunter l'expression de l'art. 1370, en deux catégories : « *Les uns* », dit l'art. 1370 al. 2, « *résultent de l'autorité* » *seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se* » *trouve obligé* ».

a. — Engagements résultant de l'autorité seule de la loi. La volonté

des parties n'y est pour rien; ils se forment *involontairement*. Le législateur ne s'en occupe pas spécialement dans le titre IV, il ne fait que les indiquer dans l'alinéa 3 de l'art 1370, ainsi conçu : « *Les premiers* » *sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre* » *propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs* » *qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée* ».

= *Tels que ceux entre propriétaires voisins*. On peut citer comme exemples l'obligation, dont est tenu le propriétaire d'un mur joignant immédiatement l'héritage voisin, d'en céder la mitoyenneté au propriétaire de ce dernier héritage qui la réclame, ou encore l'obligation dont est tenu le propriétaire d'un fonds de fournir un passage au fonds voisin qui se trouve enclavé.

= *Ou ceux des tuteurs et autres administrateurs* QUI NE PEUVENT REFUSER LA FONCTION QUI LEUR EST DÉFÉRÉE. Car, s'ils pouvaient la refuser, leur engagement résulterait, non de la loi, mais d'un fait personnel et volontaire, l'acceptation de la fonction, par conséquent d'un quasi-contrat.

Le texte que nous venons de transcrire ne fait que citer des exemples d'obligations légales. On peut ajouter l'obligation alimentaire établie par les art. 203 à 211 et l'obligation que l'art. 389 impose au père durant le mariage d'administrer les biens personnels de son enfant mineur.

b. Engagements résultant d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Ce fait peut être licite ou illicite.

S'il est licite, on est dans l'hypothèse du *quasi-contrat*. C'est ainsi que le quasi-contrat de gestion d'affaire naît de ce fait que quelqu'un a volontairement géré l'affaire d'autrui, d'un fait licite par conséquent.

Si le fait est illicite, on est dans l'hypothèse du *délit* ou dans celle du *quasi-délit* : — du délit, si le fait illicite a été accompli avec intention de nuire, exemple : le vol; — du quasi-délit, si l'intention de nuire n'existe pas : tel est le cas d'un dommage causé à autrui par maladresse ou imprudence. Nous venons d'analyser l'art. 1370 alinéa final, ainsi conçu : « *Les engagements qui naissent d'un fait personnel à* » *celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits* » *ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre* ».

= *D'un fait personnel à celui qui se trouve obligé*. Il eût été plus exact de dire : *d'un fait personnel à l'une des parties;* car dans certains cas l'obligation peut résulter d'un fait personnel au créancier. C'est ce qui arrive dans le quasi-contrat de gestion d'affaire; ce quasi-contrat prend naissance par suite du fait du gérant, et, comme on le verra bientôt, il peut faire naître une obligation à son profit (art. 1375). Aussi l'art. 1371, définissant le quasi-contrat, dit-il qu'il est un fait

purement volontaire *de l'homme,* rectifiant ainsi ce que la formule de l'art. 1370 a d'inexact.

1331. En résumé, le code civil divise les obligations en deux classes : obligations conventionnelles, obligations non conventionnelles. Ces dernières, que le législateur désigne sous la dénomination générique d'*engagements* naissent, soit de l'autorité seule de la loi (obligations légales), soit d'un fait personnel à l'une des parties. Si ce fait est licite, on est dans l'hypothèse du quasi-contrat; s'il est illicite, on est dans celle du délit ou du quasi-délit.

Il y a donc en définitive, ainsi que nous l'avons déjà dit (*supra* n. 783), cinq sources des obligations : 1° le contrat; 2° le quasi-contrat; 3° le délit; 4° le quasi-délit; 5° la loi. Cette dernière catégorie ne comprend que les obligations résultant, comme le dit l'art. 1370, *de l'autorité seule de la loi,* c'est-à-dire celles que la loi *crée* sans qu'il existe aucun fait personnel de l'une des parties, et non celles dont elle se borne à reconnaître l'existence, celles qu'elle se borne à *sanctionner* comme résultant du fait personnel de l'une des parties; car alors toutes les obligations, même celles résultant des contrats, seraient des obligations légales. En d'autres termes, toutes les obligations dérivent de la loi, soit médiatement, soit immédiatement; mais ce sont ces dernières seules qui constituent des obligations légales d'après la terminologie du code civil.

CHAPITRE PREMIER

DES QUASI-CONTRATS

1332. Définition. — « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ». Ainsi s'exprime l'art. 1371.

Nous savons que le fait qui engendre le quasi-contrat peut émaner de l'une ou de l'autre des parties : l'art. 1371, nous l'avons dit, rectifie sur ce point ce qu'il y a d'inexact dans l'art. 1370 al. 2 et 4. Il faut ajouter : 1° que ce fait doit être licite, autrement la définition conviendrait aussi bien au délit et au quasi-délit qu'au quasi-contrat; 2° que le fait licite doit être autre qu'une convention.

Le code civil ne mentionne ici que deux quasi contrats : la gestion d'affaire et le paiement de l'indû. Mais ce ne sont pas les seuls; on peut citer encore : 1° l'administration par un copropriétaire, qui n'a pas reçu mandat des autres à cet effet, de la chose qui leur appartient en commun, sans qu'il y ait société entre eux, *si res sit communis sine societate* (quasi-contrat de communauté); 2° l'acceptation par un

tuteur d'une tutelle *qu'il aurait pu refuser;* car, s'il s'agissait d'une tutelle imposée, l'obligation du tuteur résulterait de la loi, et non d'un quasi-contrat (*supra* n. 1330).

§ I. *De la gestion d'affaire.*

1. *Généralités.*

1333. Un de mes amis s'est absenté pour un long voyage, oubliant de pourvoir au règlement de divers intérêts qui se trouvent aujourd'hui en souffrance. Je fais pour lui ce que je voudrais qu'il fît pour moi en pareille circonstance : la toiture de sa maison a été endommagée par un ouragan, je traite en son nom avec un ouvrier pour qu'il la répare; un de ses créanciers, dont la créance est exigible, se dispose à exercer contre lui des poursuites rigoureuses, je paie en son nom... C'est la gestion d'affaire. Celui qui entreprend cette gestion porte le nom de *gérant,* et on donne le nom de *maître* à celui pour le compte de qui elle est entreprise. Le quasi-contrat de gestion d'affaire fait naître entre les parties des obligations analogues à celles qui résulteraient d'un contrat de mandat; leur situation respective est à peu près la même que si ce dernier contrat était intervenu entre elles. *Quasi contraxisse videntur.* Le mandat est donc le type sur lequel est calquée la gestion d'affaire, idée que les jurisconsultes romains exprimaient en disant qu'elle est la figure du mandat.

* Le plus souvent le maître ignore la gestion entreprise dans son intérêt. S'il en a connaissance, y aura-t-il encore quasi-contrat de gestion d'affaire? Nous proposons à cet égard la distinction suivante. Le maître approuve-t-il la gestion dont il a connaissance, et celui qui a entrepris cette gestion a-t-il connaissance de son approbation; on est dans le cas du mandat tacite. Au contraire, il y aura seulement quasi-contrat de gestion d'affaire, si le maître, ayant connaissance de la gestion, la subit plutôt qu'il ne l'approuve (ce qui est une question de fait à résoudre par les juges en cas de contestation), ou si, le maître approuvant la gestion, le gérant n'a pas connaissance de cette approbation ; car il ne suffit pas, pour qu'un contrat se forme, que les volontés des parties coexistent, il faut qu'elles concourent (*supra* n. 797 *bis*). C'est à ces hypothèses seulement que nous paraissent se rapporter ces mots de l'art. 1372 : *soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore,* qui n'excluent nullement la possibilité d'un mandat tacite. L'intérêt de la question de savoir s'il y a gestion d'affaire ou mandat tacite apparaîtra, lorsque nous indiquerons les différences entre le mandat et la gestion d'affaire (*infra* n. 1339).

1334. Ceux auxquels la loi ne permet pas de s'obliger par un contrat ne peuvent pas à plus forte raison s'obliger par un quasi-contrat; car il impliquerait contradiction que celui qui ne peut pas s'obliger en unissant sa volonté à celle d'autrui pût s'obliger par sa volonté seule. Ainsi les obligations, résultant du quasi-contrat de gestion d'affaire, ne prendront pas naissance à la charge du mineur qui aurait volontairement géré l'affaire d'autrui. Le mineur pourra seulement en ce cas être recherché, s'il y a lieu, par l'action *de in rem verso,* qui est fondée

sur ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; il devrait en outre être déclaré responsable des délits ou des quasi-délits qu'il aurait commis dans sa gestion (arg. art. 1310).

Le fait du gérant ne peut donc donner naissance au quasi-contrat de gestion d'affaire qu'autant qu'il est capable de s'obliger. Faut-il aussi que le maître soit capable? Assurément non; car, si l'incapable ne peut pas s'obliger par son fait, rien ne s'oppose à ce qu'il soit obligé par celui d'autrui. Ainsi la gestion par une personne capable de l'affaire d'un interdit donnera certainement naissance au quasi-contrat de gestion d'affaire.

II. *Des obligations qu'engendre le quasi-contrat de gestion d'affaire.*

1335. Le quasi-contrat de gestion d'affaire peut faire naître des obligations à la charge des deux parties, le gérant et le maître.

A. *Obligations du gérant.*

1336. Elles sont indiquées d'une manière suffisante par les art. 1372 à 1374, ainsi conçus :

Art. 1372. *Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire. — Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire.*

Art. 1373. *Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction.*

Art. 1374. *Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. — Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant.*

Ajoutons que le gérant doit rendre compte de sa gestion au maître de l'affaire (arg. art. 1372 al. 2 et 1993).

B. *Obligations du maître.*

1337. « *Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir* » *les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de* » *tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes* » *les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites* » (art. 1375).

Ainsi le maître doit :

1° *Remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom.* Lorsque le gérant traite au nom du maître, il oblige celui-ci sans

s'obliger personnellement. Le gérant d'affaire représente le maître, de même que le mandataire représente le mandant. Ainsi, mon ami étant absent et sa maison menaçant ruine, je vais trouver un architecte avec lequel je fais marché pour qu'il la répare, mais en lui expliquant bien que c'est au nom de l'absent que je parle et non au mien, que je n'entends nullement m'engager personnellement. Si l'architecte consent à traiter dans ces conditions, il aura action contre le propriétaire de la maison, mais non contre moi.

2° *Indemniser le gérant de tous les engagements personnels qu'il a pris.* Quelquefois le gérant, pour pouvoir conclure une affaire qui intéresse le maître, aura été obligé de s'engager personnellement. Alors le maître devra *indemniser* le gérant, c'est-à-dire, ainsi que l'explique Pothier, lui procurer la décharge de son obligation, soit en lui rapportant la quittance du créancier, soit en se faisant accepter pour débiteur par le créancier, au lieu et place du gérant.

3° *Rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.* Le mot *nécessaires* aurait pu être supprimé; car les dépenses nécessaires sont toujours *utiles,* et par suite cette dernière expression suffisait.

1338. Le maître n'est obligé par le fait du gérant qu'autant que l'affaire a été *bien administrée.* L'affaire est bien administrée, lorsque le gérant a fait ce qu'il était utile de faire. Pour apprécier l'utilité ou l'inutilité des actes accomplis par le gérant, il faut se placer au moment où ces actes ont été faits, sans se préoccuper des événements postérieurs qui ont pu en faire disparaître l'utilité. *Sufficit si ab initio utiliter gestum fuerit, licet utilitas postea non duraverit.* Ainsi, mon ami étant absent, je fais réparer à mes frais sa maison qui menace ruine; puis la maison est détruite par le feu du ciel. Bien que cet événement ait fait disparaître l'utilité de la dépense, je n'en aurai pas moins droit au remboursement de mon impense, parce que l'acte de gestion que j'ai accompli était utile au moment où je l'ai entrepris. S'il en était autrement, personne ne voudrait entreprendre la gestion de l'affaire d'autrui.

III. *Différences entre la gestion d'affaire et le mandat.*

1339. On voit, par les explications dans lesquelles nous venons d'entrer, que la plupart des règles du mandat s'appliquent à la gestion d'affaire. Il y a cependant quelques différences entre l'un et l'autre. Nous allons indiquer les principales.

1° Le mandant est obligé par les actes qu'a accomplis le mandataire, et doit à celui-ci le remboursement de toutes les dépenses qu'il a faites, par cela seul qu'il a agi dans les limites de son mandat. Il n'y a pas à

se préoccuper de savoir si l'opération accomplie par le mandataire devait ou non être profitable au mandant, si elle constituait ou non un acte de bonne gestion. C'est le mandant qui a dû se poser cette question et la résoudre, avant de donner ses instructions au mandataire; celui-ci n'a qu'à s'y conformer. — Au contraire, pour que le maître soit obligé par le fait du gérant, ou tenu de l'indemniser des engagements personnels qu'il a pris ou de lui rembourser les dépenses qu'il a faites, il faut que l'affaire ait été bien gérée. Cette première différence ressort de la comparaison des art. 1375 et 1999.

2° Le rapprochement des art. 1373 et 1991 al. 2 nous met sur la voie d'une deuxième différence. Le mandataire n'est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant qu'autant qu'il y a péril en la demeure; au contraire, si le maître vient à mourir, le gérant doit continuer la gestion commencée jusqu'à ce que l'héritier ait pu prendre la direction de l'affaire, et cela même dans le cas où il n'y aurait pas péril en la demeure. Les exigences de la loi sont plus grandes à l'égard du gérant, parce que c'est lui qui a pris l'initiative de la gestion, tandis que le mandataire a déféré à une prière du mandant.

3° Aux termes de l'art. 2002 : « Lorsque le mandataire a été consti-» tué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune » d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du man-» dat ». Cette disposition, qui déroge au droit commun, ne serait pas applicable au cas où la gestion aurait été entreprise pour une affaire commune à plusieurs personnes : chacune ne serait obligée envers le gérant que pour sa part.

4° Voici enfin une dernière différence, mais elle est contestée. Les intérêts des avances faites par le mandataire courent de plein droit à son profit à dater du jour où ces avances ont été faites (art. 2001). Au contraire, les intérêts des avances faites par le gérant ne lui sont dus qu'à compter de la demande en justice, conformément au droit commun (art. 1153 al. 3). Il y avait sans doute de bonnes raisons pour accorder ici la même faveur au gérant qu'au mandataire; mais le législateur ne l'a pas fait, et l'interprète n'a pas le droit de le faire à sa place. Appliquer par analogie l'art. 2001 au gérant d'affaires, c'est violer une de nos règles d'interprétation les plus sûres, la règle qui ne permet pas d'étendre une disposition exceptionnelle en dehors du cas spécial qu'elle prévoit. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

§ II. *Du paiement de l'indû.*

1. *Généralités.*

1340. Celui qui paie par erreur ce qu'il ne doit pas est autorisé à *répéter* (de *repetere,* redemander) ce qu'il a payé. L'action, qui lui est accordée à cet effet, est ordinairement désignée dans la doctrine sous le nom de *condictio indebiti,* que lui donnaient les jurisconsultes romains.

Deux conditions sont donc requises pour qu'il y ait lieu à la répétition de l'indû : 1° qu'un paiement indû ait été fait ; 2° qu'il l'ait été par erreur.

1341. Première condition : *paiement indû.* Il peut y avoir paiement indû dans les trois hypothèses suivantes :

1° Paiement d'une dette qui n'existe pas. On peut citer comme exemple le cas où un héritier paie un billet revêtu de la fausse signature de son auteur. Cass., 19 janvier 1886, Sir., 86. 1. 200, et 25 janvier 1887, Sir., 87. 1. 224. Ce premier cas est prévu par un texte que nous connaissons déjà ; c'est l'art. 1235 al. 1, ainsi conçu : « *Tout » paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet » à répétition* » ;

2° Paiement d'une dette existante fait à un autre qu'au véritable créancier, comme si je paie à Pierre ce que je dois à Paul. Cette deuxième hypothèse fait l'objet des prévisions de l'art. 1376, ainsi conçu : « *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas » dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu* » ;

3° Paiement d'une dette existante fait par un autre que le débiteur, comme si je vous paie par erreur ce que vous doit Paul. C'est à ce dernier cas que se réfère l'art. 1377, dont l'alinéa 1 s'exprime en ces termes : « *Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a » acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier* ».

A cette règle il existe toutefois une exception, que nous trouvons ainsi formulée dans l'art. 1377 al. 2 : « *Néanmoins ce droit* [le droit de » répéter] *cesse dans les cas où le créancier a supprimé son titre par » suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véri- » table débiteur* ». J'ai reçu le paiement de ma créance d'un tiers, qui m'a payé par erreur croyant être débiteur ; à la suite de ce paiement j'ai supprimé mon titre, que je considérais comme désormais inutile. Je ne serai pas tenu à la restitution de ce que j'ai reçu. Quelle en est la raison ? Mon titre étant supprimé, il se peut que le véritable débiteur refuser de payer, et qu'il soit impossible de l'y contraindre faute de moyens de preuve. En supposant que cela arrive, sur qui devra retomber la perte ? sur moi ou sur celui dont j'ai reçu le paiement ? Il a paru plus équitable que ce fût sur ce dernier ; car c'est lui surtout qui est en faute, celui qui paie devant naturellement y regarder de plus près que celui qui reçoit. C'est pourquoi la loi décide qu'il ne pourra pas exercer la *condictio indebiti* contre moi ; il aura seulement son recours contre le véritable débiteur.

Cette décision étant toute d'équité, la loi suppose bien évidemment que le créancier, qui a supprimé son titre à la suite du paiement, était de bonne foi. Dans le cas contraire, il n'y a plus aucun motif pour

établir une exception en sa faveur; le droit commun reprendrait donc son empire. Les travaux préparatoires sont formels dans ce sens.

Ce qui est plus douteux, c'est de savoir s'il faudrait étendre la disposition qui nous occupe au créancier qui, ayant reçu de bonne foi son paiement d'un autre que le débiteur, aurait laissé prescrire sa créance contre celui-ci, ou au créancier qui, à la suite du paiement, aurait renoncé aux sûretés attachées à sa créance ou négligé de les conserver. La plupart des auteurs admettent l'affirmative, en se fondant sur ce que cette matière est toute d'équité; or l'équité exige que la *condictio indebiti* soit refusée à celui qui a fait le paiement par erreur, toutes les fois qu'il est impossible de replacer celui qui a reçu le paiement dans la situation où il se trouvait auparavant; car autrement l'erreur du *solvens* nuirait au créancier : ce que ne permet pas d'admettre la règle *Nemo ex facto alterius prægravari debet.* Et cependant il y a contre cette solution une objection grave qui nous fait hésiter : la disposition de l'art. 1377 *in fine* est exceptionnelle (argument du mot *Néanmoins*); or les dispositions exceptionnelles ne s'étendent pas d'un cas à un autre. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

1342. Seconde condition : *paiement fait par erreur.* Pour qu'il y ait lieu à la *condictio indebiti,* il ne suffit pas qu'un paiement ait été fait indûment, il faut en outre qu'il ait été fait par erreur, et que l'erreur ait été la seule cause du paiement (Cass., 11 mars 1885, Sir., 86. 1. 49 et la note).

Cette condition, formellement exprimée par l'art. 1377, qui prévoit la dernière des hypothèses que nous venons d'indiquer, doit être considérée comme sous-entendue dans les art. 1235 et 1376. Les travaux préparatoires de la loi, notamment le discours du tribun Tarrible au corps législatif, attestent de la manière la plus formelle que le législateur a voulu s'en tenir sur ce point à la théorie traditionnelle. Or, en droit romain, la question ne faisait pas le moindre doute : l'erreur était dans tous les cas une condition de recevabilité de la *condictio indebiti. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest : sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio,* dit la loi 1, § 1, D., *De cond. indeb.* XII, 6; et Pothier nous apprend que ces principes étaient suivis dans notre ancienne jurisprudence.

Rationnellement d'ailleurs on s'explique à merveille la nécessité de cette condition. La *condictio indebiti,* comme toutes les actions ayant leur source dans un quasi-contrat, est fondée sur une raison d'équité, *æquitatis ratione;* or l'équité n'exige nullement que la loi vienne au secours de celui qui a payé *sciemment* ce qu'il ne devait pas; car il s'est volontairement imposé le préjudice qu'il souffre, et on peut justement lui appliquer l'adage *Volenti non fit injuria.* De deux choses l'une en effet : — Ou la dette à laquelle le paiement paraissait s'appliquer n'existait pas, personne ne la devait, et alors celui qui, connaissant le véritable état des choses, a fait le *paiement* (ou plutôt la *dation,* car il ne peut pas y avoir paiement là où il n'y a pas dette, art. 1235) n'a guère pu avoir une autre intention que celle de faire une donation. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est,* dit la loi 53, D., *De reg. juris,* L. 17; — Ou bien le paiement a été fait en extinction d'une dette qui existait, mais dont le *solvens* n'était pas débiteur, et alors il a nécessairement voulu payer pour le compte du débiteur; le paiement n'est donc pas sans cause et il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti* qui n'est qu'un cas particulier de la *condictio sine causa.* En ce sens, Cass., 11 mars 1885, Sir., 86. 1. 49.

D'après une autre opinion, l'erreur de celui qui a fait le paiement ne serait pas nécessaire pour la recevabilité de la *condictio indebiti* dans les hypothèses prévues par les art. 1235 et 1376, parce que la loi ne l'exige pas. Nous n'insistons pas sur la question, qui semble ne présenter que peu d'intérêt pratique.

Les partisans de l'une et de l'autre opinion paraissent d'ailleurs d'accord pour admettre qu'il n'y a pas à distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit : la dernière comme la première peut servir de fondement à une action en répétition. Cpr. Cass., 11 mars 1885, Sir., 86. 1. 49.

1343. Conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit,* celui qui veut intenter la *condictio indebiti* doit prouver l'existence de toutes les conditions requises par la loi pour que son action soit recevable. Il doit donc établir : 1° le fait du paiement; 2° que ce paiement était indû, c'est-à-dire qu'il n'existait aucune obligation civile ni naturelle pouvant lui servir de cause, ou, s'il en existait une, qu'il n'en était pas le débiteur, ou s'il était le débiteur, que celui auquel il a fait le paiement n'était pas le véritable créancier; 3° que ce paiement a été fait par erreur. La preuve de ces différents faits devra être fournie conformément aux règles du droit commun.

2. *Des conséquences juridiques de la* condictio indebiti.

1344. La *condictio indebiti* est une action en restitution. Le demandeur, celui qui a fait le paiement indû, le *solvens,* soutient que le défendeur, l'*accipiens,* est obligé de restituer ce qu'il a reçu. Cette obligation est plus ou moins étendue, suivant que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi, ainsi que cela résulte des art. 1378 à 1380.

1° Aux termes de l'art. 1378 : « *S'il y a eu mauvaise foi de la part de* » *celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts* » *ou les fruits, du jour du paiement* ». D'où l'on peut induire *a contrario* que, si l'*accipiens* est de bonne foi, il fait siens les fruits et intérêts; il n'aura donc à restituer dans ce cas que le capital.

2° *Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel,* » *celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa* » *valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute; il est même garant* » *de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi* » (art 1379).

Ce texte suppose que la chose indûment reçue est un corps certain, mobilier ou immobilier peu importe. L'*accipiens* en doit la restitution en nature. En supposant que la chose ait péri ou se soit détériorée, sera-t-il responsable de la perte ou des détériorations? La loi distingue. Si l'*accipiens* est de bonne foi, il ne répondra que des détériorations ou de la perte provenant de sa faute; s'il est de mauvaise foi, il répondra même des détériorations et de la perte résultant d'un cas fortuit. Mais comment la mauvaise foi de l'*accipiens* peut-elle produire ce résultat? Nous n'en voyons pas d'autre explication possible que celle-ci : la loi a considéré l'*accipiens* de mauvaise foi comme étant de plein droit *en demeure* de restituer. S'il en est ainsi, il faut nécessairement décider que l'*accipiens* de mauvaise foi ne sera pas responsable de tous les cas fortuits indistinctement, mais seulement de ceux dont sa demeure est la cause, c'est-à-dire de ceux qui n'auraient pas fait périr la chose si elle ne se fût pas trouvée entre ses mains (art. 1302 al. 2). En un mot, sa situation est de tous points la même que celle d'un débiteur en demeure, ni plus ni moins. Cpr. *supra* n. 886. Il existe une disposition plus rigoureuse relativement au voleur, que la loi rend responsable de tous les cas fortuits indistinctement (art. 1302 al. 4). Mais

l'*accipiens* de mauvaise foi n'est pas un voleur, et on ne peut par conséquent songer à lui appliquer cette disposition, qui, par sa nature même, doit être interprétée restrictivement.

3° Au cas où l'*accipiens* a vendu la chose, il n'est tenu qu'à la restitution du prix par lui perçu, s'il est de bonne foi, et cela alors même que ce prix serait inférieur à la véritable valeur de la chose. Au contraire, l'*accipiens* de mauvaise foi peut, dans cette même hypothèse, être tenu de restituer une somme égale à la véritable valeur de la chose, sans préjudice de plus amples dommages et intérêts s'il y a lieu. C'est ce qui résulte par argument *a contrario* de l'art. 1380, ainsi conçu : « *Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit* » *restituer que le prix de la vente* ».

Au cas où l'*accipiens* a aliéné la chose indûment reçue, celui qui l'a payée peut-il la revendiquer entre les mains du détenteur? Ecartons tout d'abord l'hypothèse, où, s'agissant d'un objet mobilier corporel, le détenteur serait en situation d'invoquer la règle *En fait de meubles la possession vaut titre;* nul doute qu'il ne puisse alors écarter l'action en revendication du propriétaire. Il faut donc supposer, pour que la question puisse s'élever, que la chose indûment payée est un immeuble, ou, si c'est un meuble, que le détenteur n'est pas protégé par la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre.* Le droit romain refusait dans tous les cas l'action contre les tiers détenteurs ; il partait de cette idée que le *solvens* avait eu l'intention de transférer la propriété à l'*accipiens,* et celui-ci l'intention de l'acquérir : ce qui suffisait pour que la propriété fût transférée. N'étant plus propriétaire, le *solvens* ne pouvait donc pas revendiquer. La solution contraire nous semble devoir être admise dans notre droit actuel. Remarquons d'abord que le *solvens* n'a pas pu avoir l'intention de transférer la propriété, lorsque l'obligation, dont il croyait être tenu et en exécution de laquelle il a payé, était une obligation ayant par elle-même et par elle seule la vertu de transférer la propriété. Ainsi, persuadé à tort que mon père, dont je suis héritier, vous a vendu sa maison, je paie, c'est-à-dire que je vous délivre la maison. En effectuant ce paiement je n'ai pas pu avoir l'intention de vous transférer la propriété, puisque je vous croyais déjà propriétaire. Comment donc ce paiement, fait sans intention de vous rendre propriétaire, pourrait-il vous transférer la propriété? Et si l'on suppose que le *solvens* a eu l'intention de transférer la propriété à l'*accipiens* (ce qui peut arriver si l'obligation de donner, dont il croyait être tenu et en exécution de laquelle il a effectué le paiement, n'a pas pu transférer la propriété, par exemple s'il s'agissait d'une vente de dix hectares de terre à prendre dans un terrain plus grand), alors le paiement constitue une aliénation faite sur une fausse cause, et il doit être de nul effet, de même que le serait une obligation sur une fausse cause (art. 1131).

En deux mots, le paiement indû n'a pas pu rendre l'*accipiens* propriétaire, soit parce qu'il ne constituait pas un acte d'aliénation, s'il a été fait en exécution d'une obligation translative de propriété, soit parce qu'il constituait une aliénation sur fausse cause s'il a été fait en exécution d'une obligation de donner non translative de propriété. L'*accipiens,* n'étant pas devenu propriétaire, n'a pas pu lui-même transférer la propriété, d'après la règle *Nemo dat quod non habet;* le *solvens* est donc demeuré propriétaire, et par conséquent il peut revendiquer contre le détenteur.

* Mais, si l'*accipiens* a aliéné à titre onéreux, il va nécessairement être recherché par une action en garantie à la suite de l'éviction du détenteur, et sa bonne foi

ne lui permettra pas d'échapper à une condamnation en des dommages et intérêts, outre la restitution du prix (art. 1630). Autoriser le *solvens* à agir en revendication contre le tiers détenteur, c'est donc faire perdre à l'*accipiens* de bonne foi le bénéfice de l'art. 1380 qui le déclare tenu seulement de la restitution du prix de la vente. Quelques auteurs ont vu là une objection suffisante pour condamner d'une manière absolue le système qui permet au *solvens* d'agir en revendication contre les tiers détenteurs. En tout cas, l'objection ne serait concluante que dans les hypothèses, où l'éviction du détenteur pourrait donner lieu à un recours en garantie contre l'*accipiens;* elle n'aurait plus aucune portée dans tous les cas où ce recours en garantie n'existe pas, et notamment lorsque l'*accipiens* a aliéné à titre gratuit ou lorsqu'il a aliéné à titre onéreux avec clause de non-garantie. Cette remarque a servi de base à une autre opinion, qui admet la distinction suivante : l'action en revendication du *solvens* doit être admise contre les tiers détenteurs, toutes les fois qu'elle ne pourra pas réfléchir contre l'*accipiens;* dans le cas contraire elle devra être refusée. Mais nous n'admettons même pas ce moyen terme, et nous croyons que le *solvens* peut, dans tous les cas, exercer l'action en revendication contre le tiers détenteur. L'art. 1380 règle les rapports de l'*accipiens* et du *solvens;* il ne se préoccupe nullement des rapports du *solvens* avec les tiers détenteurs; il ne fait donc nul obstacle à l'action en revendication du *solvens*. Seulement si, à la suite de cette action, l'*accipiens* se trouve forcé, par suite de l'obligation de garantie dont il est tenu, de payer au tiers détenteur évincé une somme supérieure au prix qu'il a touché, il aura le droit de se retourner contre le *solvens*, et de lui dire : « Dans mes rapports avec vous, je ne suis tenu que *quatenus locupletior factus sum*, et vous ne pouvez pas par votre fait m'imposer une charge plus lourde; je vous demande donc la restitution de tout ce que j'ai été condamné à payer en sus du prix que j'ai touché ».

1345. On voit que la bonne foi ou la mauvaise foi de l'*accipiens* joue un rôle important relativement à l'étendue des prestations dont il est tenu. Sur un point cependant sa situation est la même, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi : « *Celui auquel la chose est restituée* », dit l'art. 1381, « *doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi,* » *de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la* » *conservation de la chose* ».

Les dépenses de conservation profitent au propriétaire qui reprend sa chose ; car il aurait dû les faire, s'il fût demeuré en possession. En l'obligeant à les rembourser au possesseur de mauvaise foi, la loi ne fait que consacrer cette règle vulgaire d'équité, qui ne permet en aucun cas de s'enrichir aux dépens d'autrui.

La loi ne s'est préoccupée que des dépenses faites *pour la conservation de la chose.* Elle les qualifie, contrairement à la terminologie usitée, de *nécessaires* ou *utiles,* faisant probablement allusion par le mot *nécessaires* au cas où les dépenses sont urgentes, et par le mot *utiles* à celui où elles auraient pu être différées et constituent seulement un acte de sage et prévoyante administration. Vu le silence de la loi, il y aurait lieu d'appliquer les règles du droit commun en ce qui concerne les autres dépenses faites par l'*accipiens,* c'est-à-dire les dépenses d'amélioration, appelées ordinairement dépenses *utiles,* et les dépenses de pur agrément ou dépenses *voluptuaires :* ce qui conduit à dire que l'*accipiens* n'aurait droit à aucune indemnité pour ces dernières, sauf l'exercice du *jus tollendi* (arg. art. 599 al. 3), et qu'il devrait subir en ce qui concerne les premières l'application de l'art. 555.

CHAPITRE II

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS

1. *Généralités.*

1346. Définition du délit. — Le mot *délit* a un sens différent dans la langue du droit criminel et dans celle du droit civil.

Dans la langue du droit criminel, il désigne (au moins quand on le prend dans son sens le plus large, comme synonyme d'*infraction*) toute faute prévue et punie par notre loi pénale.

Dans la langue du droit civil, le mot *délit* désigne tout fait illicite et dommageable accompli avec l'intention de nuire.

On voit par la comparaison de ces définitions :

1° Que l'intention de nuire, nécessaire pour qu'il y ait délit civil, ne l'est pas, au moins dans tous les cas, pour qu'il y ait délit criminel, et que par suite tel fait qui constitue un délit criminel peut ne pas constituer un délit civil. Ainsi l'homicide par imprudence est un délit criminel (C. pén. art. 319); mais il ne constitue pas un délit civil, parce que l'intention de nuire n'existe pas chez son auteur; il peut seulement constituer un quasi-délit (*infra* n. 1347). De même, un grand nombre de faits qualifiés *contraventions* sont punis par la loi pénale, abstraction faite de toute intention de nuire chez leur auteur (voy. C. pén. art. 471 et s.), et constituent par suite des délits criminels, mais non des délits civils; ils peuvent même ne pas constituer un quasi-délit, s'ils ne causent de préjudice à personne.

2° Qu'en sens inverse, un fait peut constituer un délit civil sans constituer un délit criminel, parce qu'il existe des faits illicites et dommageables, accomplis avec intention de nuire, que notre loi pénale ne punit pas. Ainsi le recel d'effets dépendant d'une succession ou d'une communauté (art. 792 et 801) constitue un délit civil, dont nous avons indiqué les conséquences (*supra* n. n. 185 et s.), mais non un délit criminel, car aucune loi pénale ne le punit. Il en est de même du stellionat (v. art. 2059).

1347. Définition du quasi-délit. — Le quasi-délit consiste dans un fait illicite et dommageable qu'une personne a accompli par sa faute, mais sans intention de nuire. C'est donc uniquement par l'intention de l'agent que le quasi-délit se distingue du délit civil : le même fait peut constituer un délit civil ou un quasi-délit, suivant que l'intention de nuire existe ou n'existe pas chez son auteur. Ainsi, envisagés au point de vue civil, les coups et blessures constituent un délit,

si celui qui en est l'auteur a agi volontairement et méchamment, et seulement un quasi-délit s'il a agi involontairement, s'il n'est coupable que d'imprudence.

1348. Si l'on rapproche l'une de l'autre les définitions que nous venons de donner du délit civil et du quasi-délit, on voit que ces expressions éveillent l'une et l'autre l'idée d'un fait *illicite,* c'est-à-dire non permis par la loi, et *dommageable,* c'est-à-dire ayant porté préjudice à autrui. Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un fait de commission ou d'omission; en d'autres termes, un délit civil ou un quasi-délit peut aussi bien consister dans l'omission d'un fait ordonné par la loi que dans l'accomplissement d'un fait qu'elle prohibe.

Il y a un autre élément essentiel du délit civil et du quasi-délit : c'est la faute de celui qui en est l'auteur. La faute est une négligence *coupable,* et par conséquent imputable à celui qui la commet; elle suppose un fait dépendant de sa volonté. Ainsi les faits illicites, accomplis par une personne en état d'aliénation mentale ou par un enfant qui n'a pas encore l'usage de la raison, ne peuvent constituer ni un délit civil ni un quasi-délit, et n'engendreraient par suite aucune responsabilité à la charge de leur auteur; mais ils pourraient, comme nous le verrons plus loin, mettre en jeu la responsabilité civile des personnes sous la garde desquelles l'agent irresponsable se trouve. De même les faits accomplis par une personne sous l'empire d'une nécessité à laquelle elle n'a pu résister, ne sauraient constituer ni délit civil ni quasi-délit.

1349. Tout délit civil et tout quasi-délit engendre à la charge de son auteur l'obligation d'en réparer les conséquences. La réparation consiste dans une somme d'argent, suffisante pour compenser le préjudice causé et dont les tribunaux sont appelés à déterminer le montant en cas de contestation. Cette responsabilité est édictée par l'art. 1382, ainsi conçu : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un* » *dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». On travestit souvent cet article au palais, en disant qu'il oblige chacun à réparer le préjudice dont il est l'auteur. Ainsi formulée, la règle est beaucoup trop générale. Il peut se faire que je cause préjudice à autrui en usant d'un droit qui m'appartient; devrai-je alors la réparation de ce préjudice? Certainement non. Ainsi, en construisant un mur sur mon terrain, qui est libre de toute servitude, je bouche la vue que la maison voisine avait sur la campagne; ou bien, en creusant un puits dans ma propriété, je tombe sur la veine d'eau qui alimente le puits du voisin, et je le taris; je ne devrai aucune indemnité de l'un ou de l'autre chef, parce que je n'ai fait qu'user de mon droit. *Nenimem lædit qui suo jure utitur.* Pour que l'obligation de réparer le préjudice

causé à autrui prenne naissance, il faut que l'auteur de ce préjudice soit en *faute*. En un mot, le préjudice dont l'art. 1382 oblige à fournir la réparation, c'est le *damnum injuria datum* qui faisait en droit romain l'objet des prévisions de la loi *Aquilia*.

On voit que le mot *faute* est essentiel dans l'art. 1382. Et maintenant l'art. 1383 va nous dire ce qu'il faut entendre ici par faute : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par* » *son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». Ce qui revient à dire que la faute la plus légère suffit pour faire encourir la responsabilité édictée par l'art. 1382. *In lege Aquilia levissima culpa venit*. Cpr. *supra* n. 869. Mais au moins faut-il qu'il y ait quelque faute. Il a donc été jugé avec raison qu'un entrepreneur, qui avait construit solidement une estrade pour des courses, n'était pas responsable du préjudice occasionné par la rupture de cette estrade, due à l'invasion d'une foule compacte et frémissante qui s'y était précipitée pendant une pluie d'orage. Le préjudice était ici le résultat d'un cas fortuit, dont l'entrepreneur n'avait pas à répondre.

D'ailleurs quand la faute est établie, l'imprudence de la victime ne ferait pas cesser la responsabilité édictée par l'art. 1382 ; elle pourrait seulement avoir pour résultat de modérer le taux des dommages et intérêts qui lui sont dus ou qui sont réclamés de son chef. Cass., 10 novembre 1884, Sir., 85. 1. 129. D'autre part nul ne doit que la réparation du préjudice dont il est vraiment l'auteur, et par conséquent si ce préjudice peut être imputé en partie à celui qui réclame l'indemnité, il ne doit pas en obtenir la réparation intégrale. Cass., 29 mars 1886, Sir., 86. 1. 428.

Enfin la responsabilité édictée par l'art. 1382 incombe aussi bien à l'Etat et aux administrations publiques qu'aux simples particuliers. Cass., 16 avril 1883, Sir., 85. 1. 487.

1350. L'auteur d'un délit civil ou d'un quasi-délit sera quitte avec la loi *civile* (1), lorsqu'il aura fourni la réparation que l'art. 1382 met à sa charge. Mais il peut avoir en outre un compte à régler avec la justice criminelle, si le fait dommageable tombe sous le coup des prévisions de cette dernière loi, si ce fait constitue à la fois un délit civil et un délit criminel, comme il arrive par exemple si quelqu'un a volontairement incendié ma maison.

La distinction des délits civils et des délits criminels présente de l'intérêt, même au point de vue des réparations civiles dont ils peuvent être la source. — D'abord l'action en réparation du préjudice causé par un délit purement civil est exclusivement de la compétence des tribunaux civils. Au contraire, l'action en réparation du préjudice causé par un fait, qui constitue tout à la fois un délit criminel et un délit civil (action civile), peut être portée, soit par voie principale devant les tribunaux civils, soit, incidemment à l'action publique, devant le tribunal criminel saisi de cette

(1) D'où les dénominations de *réparations civiles* (expression qui est synonyme de dommages et intérêts), *action civile* (action à l'aide de laquelle on réclame la réparation civile), *responsabilité civile* (source de la réparation civile et par suite de l'action civile).

action. D'ailleurs le tribunal criminel saisi de l'action civile, peut allouer des dommages et intérêts à la partie civile, même au cas d'acquittement, mais à la condition de relever à la charge du défendeur une faute qui serve de base à la condamnation et qui soit distincte du fait délictueux définitivement écarté par la sentence d'acquittement. Cass., 18 juin 1885, et 25 mars 1887, Sir., 87. 1. 439, 16 mai 1887, Sir., 88. 1. 73. — D'autre part, l'art. 55 du code pénal établit la solidarité pour les dommages et intérêts entre les diverses personnes condamnées pour un même crime ou un même délit, tandis qu'aucun texte n'établit cette solidarité entre les personnes condamnées pour un même délit civil ou un même quasi-délit. Cpr. *supra* n. 989.— Enfin l'action en dommages et intérêts résultant d'un délit purement civil se prescrit par trente ans, tandis que celle résultant d'un délit criminel se prescrit par le même laps de temps que l'action publique (C. i. cr., art. 637 à 638 et 640). Cpr. Cass., 4 août 1886, Sir., 87. 1. 169, et la note, et Bordeaux, 16 avril 1886, Sir., 88. 2. 10.

Toutefois la règle, que l'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, n'est relative qu'à l'action civile *résultant du délit,* et non aux autres actions civiles qui en sont indépendantes parce qu'elles ont leur source dans un droit préexistant au délit, à tel point qu'elles existeraient alors même que le délit n'aurait pas été commis. On rentrerait alors dans le droit commun en ce qui concerne la prescription. Ainsi l'action en restitution d'un objet confié à titre de dépôt durerait trente ans contre le dépositaire infidèle qui l'aurait frauduleusement détourné, parce que cette action a sa source dans le contrat de dépôt et non dans le délit du dépositaire.

II. *De la responsabilité civile qui peut incomber à une personne à raison du fait d'autrui ou à raison des choses qu'elle a sous sa garde.*

1351. Aux termes de l'art. 1384 al. 1 : « *On est responsable non » seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore » de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, » ou des choses que l'on a sous sa garde* ».

La responsabilité édictée par ce texte a sa source dans un quasi-délit. Avec une surveillance plus active, un choix plus scrupuleux, une plus grande diligence dans l'emploi des mesures préventives commandées par la prudence, nous aurions pu le plus souvent conjurer le préjudice qui a été causé à autrui par les personnes soumises à notre garde, comme nos enfants mineurs, ou celui qui a été causé par certaines personnes, comme nos domestiques, dans l'exercice des fonctions que nous leur avons confiées, ou enfin le dommage occasionné par une chose qui nous appartient, par exemple celui résultant de l'explosion d'une machine. Voilà pourquoi la loi nous en déclare civilement responsables; elle présume, parce que cela arrive en effet le plus ordinairement, que le dommage, qui a été causé à autrui dans ces conditions, est la conséquence au moins indirecte d'une faute ou d'une négligence de notre part.

Nous parlerons successivement de la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre, et de la responsabilité qui lui incombe à raison des choses qu'elle a sous sa garde.

1. *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre.*

1352. Les personnes desquelles nous répondons sont indiquées par les alinéas 2, 3 et 4 de l'art. 1384.

a. — *Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du » dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* (art. 1384 al. 2).

— *Et la mère après* LE DÉCÈS DU MARI. Au cas où le père est décédé il y aurait lieu d'assimiler ici celui où il est en état de démence, ou en état d'absence déclarée ou même simplement présumée.

= *Par leurs enfants mineurs.* Emancipés ou non, *lex non distinguit.* D'ailleurs l'autorité morale, qui est la source de la responsabilité édictée par notre article, survit à l'émancipation, et d'un autre côté les parents sont au moins coupables d'une grave imprudence, lorsqu'ils émancipent un enfant qui n'est pas digne de cette faveur. On admet cependant que la responsabilité des parents cesse, lorsque l'enfant mineur est émancipé par le mariage. En effet, s'il s'agit d'une fille, elle passe sous l'autorité de son mari, et, s'il s'agit d'un fils, il devient chef de famille ; l'enfant est donc dans l'un et l'autre cas soustrait à la surveillance de ses parents, et la responsabilité de ceux-ci n'aurait plus de raison d'être.

== *Habitant avec eux.* Ou plus exactement peut-être *devant habiter avec eux;* car il est clair que le père ne pourrait pas se soustraire à la responsabilité édictée par notre article en consentant à ce que son enfant mineur résidât séparément de lui. Il en serait autrement, si le père avait placé son enfant en condition, en apprentissage ou dans un établissement d'instruction comme interne, demi-pensionnaire ou même externe surveillé. L'obligation de surveiller l'enfant et par suite la responsabilité résultant du défaut de surveillance passeraient alors, du moins en principe, à la personne chez laquelle l'enfant a été placé. Besançon, 30 juillet 1884, Sir., 85. 2. 44.

b. — « *Les instituteurs et les artisans* [sont responsables] *du dom- » mage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont » sous leur surveillance* » (art 1384 al. 4.) Vu la généralité de notre texte, il n'y a pas à distinguer si les élèves ou apprentis sont mineurs ou majeurs.

La responsabilité des instituteurs et artisans, de même que celle des père et mère, est fondée sur une présomption légale de faute. La loi présume que le fait qui a causé le dommage est le résultat du défaut de surveillance, en ce sens qu'il aurait pu être empêché par une surveillance plus active. Mais c'est là une présomption *juris tantum,* qui est susceptible d'être combattue par la preuve contraire. C'est ce qui résulte de l'alinéa final de l'art. 1384, ainsi conçu : « *La res- » ponsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs » et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu » à cette responsabilité.*

c. — « *Les maîtres et les commettants* [sont responsables] *du dom- » mage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions aux- » quelles ils les ont employés* » (art. 1384 al. 3). Cette responsabilité

est fondée, elle aussi, sur une présomption légale de faute ; mais la faute ne consiste pas ici, comme tout à l'heure, dans un défaut de surveillance, elle consiste à avoir mal choisi, mal dirigé ou mal surveillé le domestique ou le préposé par le fait duquel le dommage a été causé. Ainsi mon cocher, en conduisant mal ma voiture, occasionne un accident : un passant est blessé. Je suis civilement responsable, parce que j'ai eu tort de choisir comme cocher un homme qui n'avait pas les qualités requises pour remplir cette fonction. Aussi ne pourrais-je même pas échapper à la responsabilité que la loi m'inflige, en prouvant qu'il m'a été impossible d'empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. La loi en effet ne réserve pas ici la preuve contraire, comme elle le fait pour les père et mère, instituteurs et artisans. Cpr. art. 1384 alinéa final. V. cep. Cass., 25 octobre 1886, Sir., 87. 1. 457.

La responsabilité édictée par l'art. 1384 al. 3, est limitée aux faits accomplis par les domestiques et préposés *dans les fonctions auxquelles ils sont employés*, c'est-à-dire dans l'exercice de ces fonctions ou à l'occasion de cet exercice ; elle n'a donc pas lieu pour les faits qui y sont étrangers. Ainsi un maître n'est pas responsable des voies de fait commises par son domestique en dehors de son service (Cass., 3 mars 1884, Sir., 85. 1. 21). D'ailleurs le maître, déclaré responsable civilement à raison du fait de son domestique ou préposé, a le droit d'exercer contre celui-ci une action récursoire, s'il est en faute. Cass., 24 février 1886, Sir., 86. 1. 460.

La responsabilité qui nous occupe atteint l'Etat et les administrations publiques à raison du dommage causé par le fait de leurs agents, préposés ou employés.

Elle atteint aussi le maître à raison du dommage causé par le fait des ouvriers qu'il emploie pour l'accomplissement d'un travail ; car, par rapport à ces ouvriers, il est un commettant. C'est donc avec raison qu'un propriétaire a été déclaré responsable du dommage causé par le fait d'un bûcheron avec lequel il avait fait marché pour abattre un arbre ; le dommage était considérable : dans sa chute l'arbre avait tué une jeune fille.

Mais celui qui traite avec un entrepreneur, n'est pas responsable des accidents survenus pendant l'exécution des travaux par le fait de cet entrepreneur ou par celui des ouvriers qu'il emploie, à moins qu'il ne se soit réservé la surveillance des travaux. Toulouse, 3 mars 1883, Sir., 84. 2. 161.

1353. Les dispositions qui rendent une personne responsable du fait d'une autre étant basées sur une présomption légale de faute, doivent par cela même être interprétées restrictivement ; car les présomptions légales sont de droit étroit, elles ne sauraient être étendues d'un cas à un autre. Ainsi un mari n'est pas en général

responsable, en cette seule qualité, du dommage causé par le fait de sa femme. De même le tuteur n'est pas responsable du dommage causé par le fait de son pupille, bien qu'il y eût peut-être de bonnes raisons pour l'assimiler sur ce point aux père et mère. Nous ne voulons pas dire que le tuteur ne sera jamais responsable du dommage causé par son pupille; souvent ce dommage sera imputable au tuteur, en ce sens qu'il sera le résultat d'un défaut de surveillance, mais la faute du tuteur devra être établie, elle ne sera pas présumée de plein droit, comme elle l'est pour les père et mère. Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

2. *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison des choses qu'elle a sous sa garde.*

1354. Le code civil fait deux applications de cette responsabilité : l'une dans l'art. 1385, l'autre dans l'art. 1386.

1355. I. Aux termes de l'art. 1385 : « *Le propriétaire d'un animal,* » *ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du* » *dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde,* » *soit qu'il fût égaré ou échappé* ». Cette responsabilité est basée sur une présomption de faute qui dispense de toute preuve celui qui réclame la réparation du dommage. La faute consiste, ou à n'avoir pas surveillé l'animal pour l'empêcher de commettre le dégât, ou même à avoir possédé un animal dangereux sur lequel la surveillance la plus active devait être inefficace.

La faute étant présumée, elle n'a pas besoin d'être prouvée par celui qui réclame la réparation du dommage. Arg. art. 1352 al. 1.

Mais la présomption de faute qui sert de base à la disposition de l'art. 1385 n'est pas de celles qui n'admettent pas la preuve contraire. Arg. art. 1352 al. 2. Le propriétaire de l'animal pourrait donc échapper à la responsabilité que lui inflige l'art. 1385 en prouvant l'absence de faute. La cour de cassation exige davantage. Le propriétaire de l'animal devrait nécessairement prouver que l'accident a été causé par un cas fortuit ou qu'il est le résultat d'une faute personnelle à la victime de l'accident. Cass., 27 octobre 1885, Sir., 86. 1. 33; 9 mars 1886, Sir., 86. 1. 244; 16 mai 1887, Sir., 88. 1. 73. Voyez aussi à ce sujet une décision curieuse du tribunal de l'empire d'Allemagne, rapportée dans Sirey, 87. 4. 18, d'après laquelle l'obligation imposée au propriétaire d'un animal ou d'un bâtiment de réparer le dommage causé par cet animal ou par la ruine du bâtiment est une conséquence de la qualité de propriétaire, indépendamment de toute idée de faute. D'où la conséquence qu'il ne servirait de rien au propriétaire de l'animal ou du bâtiment de prouver l'absence de faute; il devrait nécessairement, pour échapper à la responsabilité que la loi lui inflige, prouver le cas fortuit ou la faute de la personne qui a souffert le préjudice. « Le propriétaire, dit le tribunal, est le représentant légal des choses qui lui appartiennent, et le dommage qui est causé par un animal ou par un objet lui appartenant doit être considéré comme causé par le propriétaire lui-même ».

La responsabilité ne pèse pas en principe sur le propriétaire d'un animal, lorsqu'il est entre les mains de quelqu'un qui en a l'usage, à titre d'usufruitier par exemple ou de locataire; car alors le soin de surveiller l'animal appartient à celui qui en a l'usage. Aussi la loi déclare-t-elle responsable *le propriétaire de l'animal* ou *celui qui s'en*

sert, mais non pas l'un et l'autre à la fois. Bourges, 7 décembre 1885, Sir., 86. 2. 107.

Il va sans dire que le propriétaire ne pourrait pas, comme en droit romain, échapper à la responsabilité dont il vient d'être parlé en faisant l'abandon noxal de l'animal qui a causé le dégât.

Le propriétaire d'un terrain n'encourt pas la responsabilité édictée par l'art. 1385, à raison du dégât causé par le gibier qui vit sur sa propriété; car il n'est pas propriétaire de ce gibier (*supra* n. 7).

Si cependant un propriétaire, pour se ménager le plaisir de la chasse, favorise chez lui la multiplication d'animaux nuisibles, tels que lapins, cerfs, sangliers, ou si des animaux de cette espèce s'étant multipliés sur sa propriété indépendamment de son fait, il néglige de les détruire et refuse à ceux qui la lui demandent la permission de les chasser sur son terrain, il peut être déclaré responsable du préjudice causé aux voisins par ces animaux. Il y a dans ces deux hypothèses faute de la part du propriétaire (surtout dans la première, dans la seconde c'est plus douteux): ce qui suffit pour amener l'application de l'art. 1382. La jurisprudence est en ce sens, Cass., 3 juin 1885, Sir., 86. 1. 64, et 7 mai 1884, Sir., 87. 1. 15.

1356. II. Aux termes de l'art. 1386 : *Le propriétaire d'un bâtiment » est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée » par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ».* Celui qui demande la réparation du dommage que lui a causé la ruine d'un bâtiment, doit prouver que cette ruine est arrivée « par une suite » du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction » ; car l'une ou l'autre de ces conditions est nécessaire pour que la réparation lui soit due, et il est de principe que le demandeur doit prouver tous les faits auxquels est subordonné le succès de sa demande (*supra* n. n. 1176 et 1177).

En droit romain, le propriétaire d'un bâtiment menaçant ruine pouvait être contraint, sur la demande du voisin, de fournir la *cautio damni infecti,* en l'absence de laquelle il aurait pu, moyennant l'abandon des décombres, se dispenser de réparer le préjudice causé par la chûte du bâtiment. Notre droit actuel ne permet plus d'exiger la *cautio damni infecti.* D'ailleurs l'utilité de cette stipulation n'apparaîtrait guère, puisque le propriétaire du bâtiment se trouve obligé en vertu des dispositions de la loi à la réparation du préjudice que pourra causer sa ruine.

Mais le voisin ne pourra-t-il pas tout au moins forcer le propriétaire à réparer ou à reconstruire son bâtiment, et, sur son refus, obtenir l'autorisation de procéder à ses frais aux réparations ou à la reconstruction ? Notre ancienne jurisprudence lui reconnaissait ce droit; mais le code civil paraît bien le lui retirer par son silence ; d'autant plus qu'il résulte des travaux préparatoires que ce silence est calculé.

FIN DU TOME DEUXIÈME

TABLE DES MATIÈRES

Table Analytique

LIVRE TROISIÈME

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

Pages

DISPOSITIONS GÉNÉRALES 1

Titre premier. — *Des successions.* 11

CHAPITRE PREMIER. — De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers. 13

CHAPITRE II. — Des qualités requises pour succéder. 24

CHAPITRE III. — Des divers ordres de succession. 35

Sect. I. — Dispositions générales. 35

Sect. II. — De la représentation. 41

Sect. III. — Des successions déférées aux descendants 48

Sect. IV. — Des successions déférées aux ascendants. 48

Sect. V. — Des successions collatérales. 48

CHAPITRE IV. — Des successions irrégulières. 65

Sect. I. — Des droits des enfants naturels sur les biens de leur père ou mère et de la succession aux enfants naturels décédés sans postérité 65

Sect. II. — Des droits du conjoint survivant et de l'Etat 82

CHAPITRE V. — De l'acceptation et de la répudiation des successions 87

Sect. I. — De l'acceptation. 91

Sect. II. — De la renonciation aux successions 106

Sect. III. — Du bénéfice d'inventaire, de ses effets et des obligations de l'héritier bénéficiaire. 119

Sect. IV. — Des successions vacantes. 137

CHAPITRE VI. — Du partage et des rapports. 140

Sect. I. — De l'action en partage et de sa forme. 140

Sect. II. — Des rapports 160

Sect. III. — Du paiement des dettes. 195

Sect. IV. — Des effets du partage, et de la garantie des lots. 221

Sect. V. — De la rescision en matière de partage. 232

Titre II. — *Des donations entre vifs et des testaments* 241

CHAPITRE PREMIER. — Dispositions générales. 242

CHAPITRE II. — De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament. 253

CHAPITRE III. — De la portion de biens disponible, et de la réduction. 276

Sect. I. — De la portion de biens disponible. 276

Pages
Sect. II. — De la réduction des donations et legs. 293
Chapitre IV. — Des donations entre vifs. 313
Sect. I. — De la forme des donations entre vifs. 314
Sect. II. — Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs. 343
Chapitre V. — Des dispositions testamentaires. 366
Sect. I. — Des règles générales sur la forme des testaments. 368
Sect. II. — Des règles particulières sur la forme de certains testaments. 387
Sect. III. — Des institutions d'héritiers, et des legs en général. 390
Sect. IV. — Du legs universel. 392
Sect. V. — Du legs à titre universel. 403
Sect. VI. — Des legs particuliers 409
Sect. VII. — Des exécuteurs testamentaires. 424
Sect. VIII. — De la révocation des testaments et de leur caducité. 432
Chapitre VI. — Des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs 454
Chapitre VII. — Des partages faits par père, mère, ou autres ascendants, entre leurs descendants 487
Chapitre VIII. — Des donations faites par contrat de mariage aux époux, et aux enfants à naître du mariage. 502
Chapitre IX. — Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage 516
Titre III. — *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.* . . . 537
Chapitre premier. — Dispositions préliminaires. 538
Chapitre II. — Des conditions essentielles pour la validité des conventions. . . 546
Sect. I. — Du consentement 546
Sect. II. — De la capacité des parties contractantes. 572
Sect. III. — De l'objet et de la matière des contrats. 576
Sect. IV. — De la cause. 583
Chapitre III. — De l'effet des obligations. 595
Sect. I. — Dispositions générales 597
Sect. II. — De l'obligation de donner 599
Sect. III. — De l'obligation de faire ou de ne pas faire. 619
Sect. IV. — Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation 621
Sect. V. — De l'interprétation des conventions. 636
Sect. VI. — De l'effet des conventions à l'égard des tiers. 638
Chapitre IV. — Des diverses espèces d'obligations 653
Sect. I. — Des obligations conditionnelles. 654
§ I. — De la condition en général, et de ses diverses espèces 654
§ II. — De la condition suspensive. 661
§ III. — De la condition résolutoire 663
Sect. II. — Des obligations à terme 670
Sect. III. — Des obligations alternatives. 676
Sect. IV. — Des obligations solidaires. 679
§ I. — De la solidarité entre les créanciers 680
§ II. — De la solidarité de la part des débiteurs. 681
Sect. V. — Des obligations divisibles et indivisibles. 697
§ I. — Des effets de l'obligation divisible. 701
§ II. — Des effets de l'obligation indivisible 703
Sect. VI. — Des obligations avec clauses pénales. 708
Chapitre V. — De l'extinction des obligations 711
Sect. I. — Du paiement. 712

Pages
§ I. — Du paiement en général. 713
§ II. — Du paiement avec subrogation. 732
§ III. — De l'imputation des paiements. 744
§ IV. — Des offres de paiement, et de la consignation. 746
§ V. — De la cession de biens. 754
Sect. II. — De la novation. 756
Sect. III. — De la remise de la dette. 767
Sect. IV. — De la compensation. 775
Sect. V. — De la confusion. 790
Sect. VI. — De la perte de la chose due. 792
Sect. VII. — De l'action en nullité ou en rescision des conventions. 796
Chapitre VI. — De la preuve des obligations, et de celle du paiement. 821
Sect. I. — De la preuve littérale. 826
§ I. — Du titre authentique. 826
§ II. — De l'acte sous seing privé. 834
§ III. — Des tailles 865
§ IV. — Des copies des titres. 866
§ V. — Des actes récognitifs et confirmatifs. 867
Sect. II. — De la preuve testimoniale. 876
Sect. III. — Des présomptions. 894
§ I. — Des présomptions établies par la loi. 895
§ II. — Des présomptions qui ne sont point établies par la loi. 904
Sect. IV. — De l'aveu de la partie. 905
Sect. V. — Du serment. 911
§ I. — Du serment décisoire. 912
§ II. — Du serment déféré d'office. 921
Titre IV. — *Des engagements qui se forment sans convention*. 923
Chapitre premier. — Des quasi-contrats 925
§ I. — De la gestion d'affaire. 926
§ II. — Du paiement de l'indû 929
Chapitre II. — Des délits et des quasi-délits. 935
I. — Généralités. 935
II. — De la responsabilité civile qui peut incomber à une personne à raison du fait d'autrui ou à raison des choses qu'elle a sous sa garde. . . 938

FIN

TABLE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL

ET DES LOIS SPÉCIALES QUI S'Y RATTACHENT

avec renvoi aux passages où ces divers articles ou lois se trouvent expliqués.

CODE CIVIL

Articles	Pages	Numéros
711	1-2	3.
712	1-2	3.
713	3	5.
714	3	4.
715	3-5	6-8.
716, al. 1	7-9	12-15.
716, al. 2	5-7	11.
717	9-10	16.
718	13-14	21-23.
719	13	22.
720	14-16	24-25.
721-722	16-18	26-28.
723	18-19	29.
724	19-24	30-35.
725	25-27	39-41.
726	27-29	42.
727	29-33	44-47, 49-51.
728	31-32	48.
729	33-34	53.
730	34-35	55.
731-734	39-41	65-66.
735-738	35-36	58.
739	41-42	68.
740	44-45	71.
741	46	73.
742	45-46	72.
743	46-48	74.
744, al. 1	42-44	69.
744, al. 2	42	68.
745	48-49	77.
746	52	80.
747	54-65	84-99.
748-752	49-52	78-79.
753-754	52-53	81.
755	54	83.
756	66-67	103-104.
757	67-71	106-109.
758	71	110.
759	71-72	111.
760	72-74	112-114.
761	74-76	115-119.
762	77	120.
763-764	77-78	121.
765	79	123-124.
766	79-82	125-129.
767	82-84	131-133.
768	84	134.
769-773	84-86	135-139.
774-775	87-90	142-145.
776	92	148-149.
777	90-91	146.
778	92-95	150-154.
779	95-96	155.
780	96-98	156-157.
781	103-105	166-169.
782	105-106	170.
783	98-103	158-165.
784	106-107	172.

Articles	Pages	Numéros
784	106-107	172.
785-786	90-91, 108-111.	146, 175-178.
787	43	69.
788	113-114	182-184.
789	116-119	188-190.
790	110-112	179-181.
791	107	173.
792	114-116	185-187.
793-794	125-126	198-199.
795	119-120	191.
796	122-123	195.
797	120-121	192-193.
798-799	121-122	194.
800	123-124	196.
801	114-116	185-186.
802	126-129	200-204.
803, al. 1	130-131	206.
803, al. 2 et 3	127-128, 136	201, 212.
804	130-131	206.
805-806	132-133	208.
807	133-134	209.
808	134-135	210.
809	134-135	210.
810	136	212.
811	137-138	213.
812-814	138-139	215-216.
815	140-143	218-221.
816	143-146	222-224.
817	146-147	225.
818	147-148	225.
819-822	151-152	229-230.
823	150	226.
824-837	152-155	231.
838	149	226.
839	153	231.
840	150-151	227.
841	155-160	232-239.
842	155	231.
843-845	160-165	240-245.
846	165, 176	245, 256.
847-849	165-169	246-248.
850	164	245.
851	172, 193	252, 280.
852	177-179	258-260.
853-854	174-176	254-255.
855	183-184	266.
856	179-181	261.
857	169-171	249-251.
858	182-183	264.
859	183-184	266.
860	183, 187-190	266, 272-274.
861	186	270.
862	185-186	270.
863	187	271.
864	190	274.
865	184-185	268.
866	195	282.
867	187	270.
868	190-192	275-277.
869	192	278.
870-871	197-198	286.
872	205-206	300-302.
873	199-202	289-293.
874-876	202-205	296-299.
877	206-207	303.
878	210	307.
879	214	314.
880	215-216	315-316.
881	210-211	307.
882	218-221	319-322.
883	221-227	324-329.
884	227-229	331.
885	229-230	332-334.
886	230-232	335.
887	232-235	337-341.
888	235-236	342-343.
889	236-237	344.
890	234	340.
891	237-238	345.
892	239-240	348.
893	242	352.
894	242-245	353-357.
895	245-246	358.
896	455-472	671-690.
898	456-457	671.
899	468	684.
900	246-252	359-363.
901	254-257	368-374.
902	253-254	364-366.
903-904	257-259	376.
905	259	377.
906	259-260	380.
907	262-263	386.
908	263-264	387-388.
909	264-268	389-393.
910	260-261	382.
911	269-273	396-402.
912	261	384.

Articles	Pages	Numéros
913-914	279-283	409-416.
915	283-285	417-418.
916	278	407.
917	287-289	421-423.
918	289-293	424-427.
919	286-287	419-420.
920	293-294	428-429.
921	294-297	430-434.
922	297-301	435-438.
923, al. 1	301	439.
923, al. 2	303-304	443-444.
924	310-311	458.
925	301	439.
926	301-303	440-441.
927	303	442.
928	308-309	453.
929	305	447.
930	306-308	448-452.
931-932	314-319	462-467.
933-937	321-323	470-471.
938	325-326	476.
939	326-328	479-481.
940	328	482.
941	328-330	483.
942	328	482.
943	330-333	485-486.
944	333-334	487.
945	334-335	488.
946	335-336	489.
947	336	490.
948	319-321	468-469.
949-950	336-337	492-493.
951	337-339	494-496.
952	339-343	497-504.
953	343-345	505-508.
954	345-346	509.
955	347-349	512-513.
956	349	513.
957	349-350	514-515.
958	350-354	516-522.
959	346-347	511.
960	355-362	525-535.
961	359-360	532.
962	364-365	539.
963	363-364	537-538.
964	362	535.
965	355	525.
966	365-366	540-541.
967	366-367	543.
968	367-368	544.
969	368-369	545.
970	369-374	546-555.
971	374-375	556.
972-974	375-380	557-564.
975	386-387	576.
976-977	380-384	565-571.
978	384	572.
979	384-385	573.
980	386	576.
981-998	388-389	577 *bis*.
999-1000.	389-390	577 *ter*.
1001	366	542.
1002	390-391	578.
1003	392-395	579-583.
1004-1005	395-396	584-585.
1006	396-398	586-589.
1007-1008	398-401	590-592.
1009	401-402	593.
1010	403-405	596-597.
1011	405-406	598.
1012	406-407	599.
1013	406-408	599-600.
1014	409-411	604-605.
1015	411	606.
1016	412	607.
1017	412-416	609-614.
1018	417-419	615-618.
1019	417-418	616.
1020	418-419	617.
1021	420-422	620-621.
1022	419-420	619.
1023	422-423	622.
1024	423-424	623.
1025	424-425	624.
1026-1027	426-428	626-627.
1028	425	624.
1029-1030	425-426	625.
1031	428-429	628.
1032	432	632.
1033	430	630.
1034	429-430	629.
1035	433-435	637-638.
1036	436-438	640.
1037	438	641.
1038	438-440	642-646.
1039-1041	443-445	652-654.
1042	445-446	657-658.
1043	445	655-656.

Articles	Pages	Numéros
1044-1045	449-454	662-668.
1046-1047	441-442	648.
1048	473	691.
1049	473-474	692.
1050-1051	474-475	693.
1052	475	695.
1053	483-484	707.
1054	484-485	708.
1055-1057	476-477	697.
1058-1061	477	698.
1062-1068	477-479	699-700.
1069	479-480	701.
1070	480-481	703.
1071	480	702.
1072	481	703
1073-1074	481	704.
1075	487-488	712-713.
1076	488-494, 495	714-720, 723 *bis*
1077	492-493	719.
1078	494-495	721-722.
1079	496-500, 501	724-733, 735.
1080	500-501	734.
1081	506-507	739.
1082	507-510	740-744.
1083	510-511	745.
1084-1085	514-515	751-753.
1086	505-506	738.
1087-1090	503-505	737.
1091	516-517	756.
1092	518-519	757.
1093	517-518	756.
1094	523-528	764-769.
1095	517	756.
1096	519-522	759-762.
1097	521	760.
1098	528-533	770-777.
1099	533-535	778-779.
1100	535-536	780-781.
1101	538-539	784.
1102-1103	539-540	787.
1104	542-543	790.
1105-1106	541-542	789.
1107	543-544	791.
1108	546	795.
1109	549	799.
1110	550-553	802-803.
1111	557	810.
1112	554-555	807.
1113	556	808.
1114	556	809.
1115	556-557	810.
1116	557-561	812-818.
1117	562-563	820.
1118	561-562	819.
1119-1121	563-568	822-826.
1122	568-571	827-829.
1123	572-574	830-832.
1124	572-576	830-834.
1125	574-575	833.
1126	577-582	837-845.
1127	567-568	844.
1128	577-579	840-841.
1129	581-582	843.
1130	578-579	841.
1131	586-588, 592	849-850, 854.
1132	592-594	855-856.
1133	588-592	851-853.
1134-1135	597-599	860-862.
1136	599-600	864.
1137	600-605	865-869.
1138	605-607, 614-618	871-872, 882-884
1139	618-619	885-886.
1140	612-614	881.
1141	610-611	875.
1142-1145	619-621	887.
1146	624-625	892.
1147-1148	622-624	890-891.
1149	626	894.
1150-1151	626-628	895.
1152	628-629	896.
1153	629-633	897-902.
1154	633-635	903-905.
1155	635-636	906-906 *bis*.
1156-1164	636-638	907.
1165	638-639	908.
1166	639-643	909-914.
1167	643-653	915-926.
1168	655	929.
1169-1171	655-656	931.
1172-1173	657	932.
1174	656	931.
1175-1178	657-659	933-934.
1179-1180	659-661	935-936.
1181	661	937.
1182	661-663	937-939.
1183	663-665	940-942.
1184	665-670	943-950.
1185-1186	670-672	953-954.

Articles	Pages	Numéros
1187	673-674	956.
1188	674-675	957-958.
1189	676	960.
1190-1192	676-677	961.
1193-1195	677	962.
1196	676	960.
1197-1199	680-681	965-966.
1200-1201	681-682	967-968.
1202	682-683	969.
1203-1204	683-684	971.
1205-1207	684-686	973.
1208, 1209	686-688	974-975.
1210	689-690	980-981.
1211-1212	690-691	982.
1213	692-693	983.
1214	693-694	984-987.
1215	696-697	988.
1216	692-693	983.
1217	698-699	993.
1218	699-700	994.
1219	706-707	1002.
1220	701	996.
1221	700, 701-703	995, 997-998.
1222-1225	703-706	999-1001.
1226-1228	708-709	1005-1006.
1229-1231	708-711	1007-1008.
1232-1233	711	1009.
1234	711-712	1010.
1235	713-715	1012-1014.
1236-1237	715-717	1015-1018.
1238	717-720	1019-1022.
1239 al. 1	720	1023.
1239 al. 2	722-723	1025.
1240	722-723	1025.
1241	721	1023 *bis*.
1242	723-725	1026-1027.
1243	725-727	1029-1030.
1244	727-730	1031-1035.
1245-1246	730	1036.
1247	730-731	1038.
1248	731	1039.
1249	738	1045.
1250	738-740	1047-1049.
1251	740-744	1050-1054 *bis*.
1252	736-737	1043.
1253-1254	744-745	1057.
1255	745	1058.
1256	745-746	1059.
1257	746	1060.
1258	747-748	1062.
1259	748-749	1064.
1260	754	1071.
1261	752-753	1069.
1262-1263	753	1070.
1264	749-751	1065-1066.
1265-1266	754	1072.
1267	754-755	1073-1074.
1268-1270	755-756	1075-1077.
1271	757-759	1079-1083.
1272	760-762	1086.
1273	761	1086.
1274	757-758	1081.
1275	765	1092.
1276	765	1094-1095.
1277 al. 1	765-766	1092.
1277 al. 2	759	1082.
1278	762-763	1088-1089.
1279	763	1089.
1280	762-763	1088.
1281	763-764	1090.
1282-1283	769-772	1099-1104.
1284	773	1107.
1285	773-774	1109.
1286	772	1105.
1287	774	1110-1111.
1288	774-775	1112.
1289	776, 780	1114, 1120.
1290	783-784	1123-1124.
1291	777-779	1115-1119.
1292	779-780	1119.
1293	781-783	1121-1122.
1294	784-785, 780	1126, 1120.
1295	788-789	1130.
1296	781	1121.
1297	784	1125.
1298	785-786	1127.
1299	787-788	1129.
1300	790-791	1133-1135.
1301	791-792	1136.
1302	792-795	1138-1143.
1303	795-796	1144-1145.
1304	811-819	1162-1171.
1305	805-810	1155-1160.
1306	805	1154.
1307-1310	810-811	1161.
1311	803	1153.
1312	819-820	1172.
1313	803	1154.

Articles	Pages	Numéros
1314	803	1153.
1315	822-825	1176-1177.
1316	825	1178.
1317	826-828	1180.
1318	828-830	1181-1182.
1319	830-832	1184-1187.
1320	832-834	1188-1189.
1321	858-862	1223-1227.
1322-1324	847-851	1213-1216.
1325	836-842	1194-1204.
1326	842-847	1205-1211.
1327	847	1212.
1328	851-858	1217-1222.
1329-1330	862-863	1229.
1331	863-864	1230.
1332	864	1231-1233.
1333	865-866	1234-1235.
1334-1336	866-867	1236.
1337	867-869	1238-1239.
1338	869-876	1240-1250.
1339	871-872	1242.
1340	872-873	1243.
1341	876-882	1251-1260, 1268-
	890	1272, 1274.
1342	883	1262.
1343	882	1261.
1344	882	1261.
1345	884-886	1265.
1346	886-887	1266-1267.
1347	890-892	1275.
1348	892-894	1276-1278.
1349	894	1279.
1350	895	1280.
1351	897-904	1284-1292.
1352	895-897	1281-1283.
1353	904-905	1293.
1354	906	1296.
1355	911	1304-1305.
1356, al. 1	906-907	1296.
1356, al. 2	907-908	1298.
1356, al. 3	908-910	1299-1301.
1356, al. 4	910-911	1302-1303.
1357	912	1309.
1358	914	1314.
1359	914-915	1315.
1360	916	1316.
1361	916-917	1317-1318.
1362	917	1318.
1363	919	1322.
1364	913	1311.
1365	919-920	1323.
1366	921	1325.
1367	921-922	1326-1328.
1368	922	1327.
1369	922-923	1329.
1370	923-925	1330-1331.
1371	925-926	1332.
1372-1374	927	1336.
1375	927-928	1337-1338.
1376-1377	929-932	1340-1343.
1378-1380	932-934	1344.
1381	934	1345.
1382-1383	935-938	1349-1350.
1384	938-941	1351-1353.
1385	941-942	1355.
1386	942	1356.

LOIS SPÉCIALES

Dates des lois.	*Objet.*	*Pages.*	*Numéros.*
Loi du 20 prairial an IV.	Successions.	17.	26.
Loi du 25 ventôse an XI.	Organisation du notariat.		
Art. 6, 8, 10, 12.	.....	828.	1180.
Art. 19, 28.	.....	834.	1189.
Art. 52 et 68.	.....	827-830.	1180,1181,1182
Loi du 15 pluviôse an XIII.	Enfants admis dans les hospices.	86-87.	140.
Loi du 3 septembre 1807.	Substitutions.	485.	710.
Avis du conseil d'Etat du 17 novembre 1807 approuvé le 11 janvier 1808.	Aliénation par l'héritier bénéficiaire des rentes sur l'Etat dépendant de la succession.	132-133.	208.
Loi du 14 juillet 1819.	Abolition du droit d'aubaine.	27-29, 261.	42, 384.
Loi du 24 mai 1825, art. 4 et 5.	Communautés religieuses de femmes.	268-269.	395.
Loi du 17 mai 1826, art. unique.	Substitutions.	486.	711.
Loi du 15 avril 1829, art. 2, 5, 10.	Pêche fluviale.	4-5.	8.
Loi du 12 mai 1835, art. 2 et 4.	Substitutions.	485.	710.
Loi du 30 juin 1838, art. 39.	Aliénés.	814, 818.	1165, 1169.
Loi du 21 juin 1843, art. 2.	Forme des actes notariés.	521, 827.	760, 1180.
Loi du 7 mai 1849, art. 1, 8, 9.	Substitutions.	485-486.	710-711.
Loi du 23 mars 1855.	Transcription.		
Art. 1, 2, 3.	.....	608-610, 612-614	874, 877-881.
Art. 4.	.....	563.	821.
Loi du 14 juillet 1866, art. 5.	Budget.	726.	1030.
Loi du 22 juillet 1867, art. 1, 2.	Contrainte par corps.	756.	1076.
Loi du 12 août 1870, art. 1.	Cours légal des billets de la Banque de France.	726.	1030.
Décret des 2-8 septembre 1871.	Formule exécutoire des actes notariés.	834.	1189.
Loi du 3 août 1875, art. 2.	Budget.	726.	1030.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

12,830. — Bordeaux, Ve Cadoret, impr., rue Montméjan, 17.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

DATE DUE

07 FEV. 1989			
(MAN)			
07 FEV. 1989			

CAT. NO. 1137

a39003 008582412b